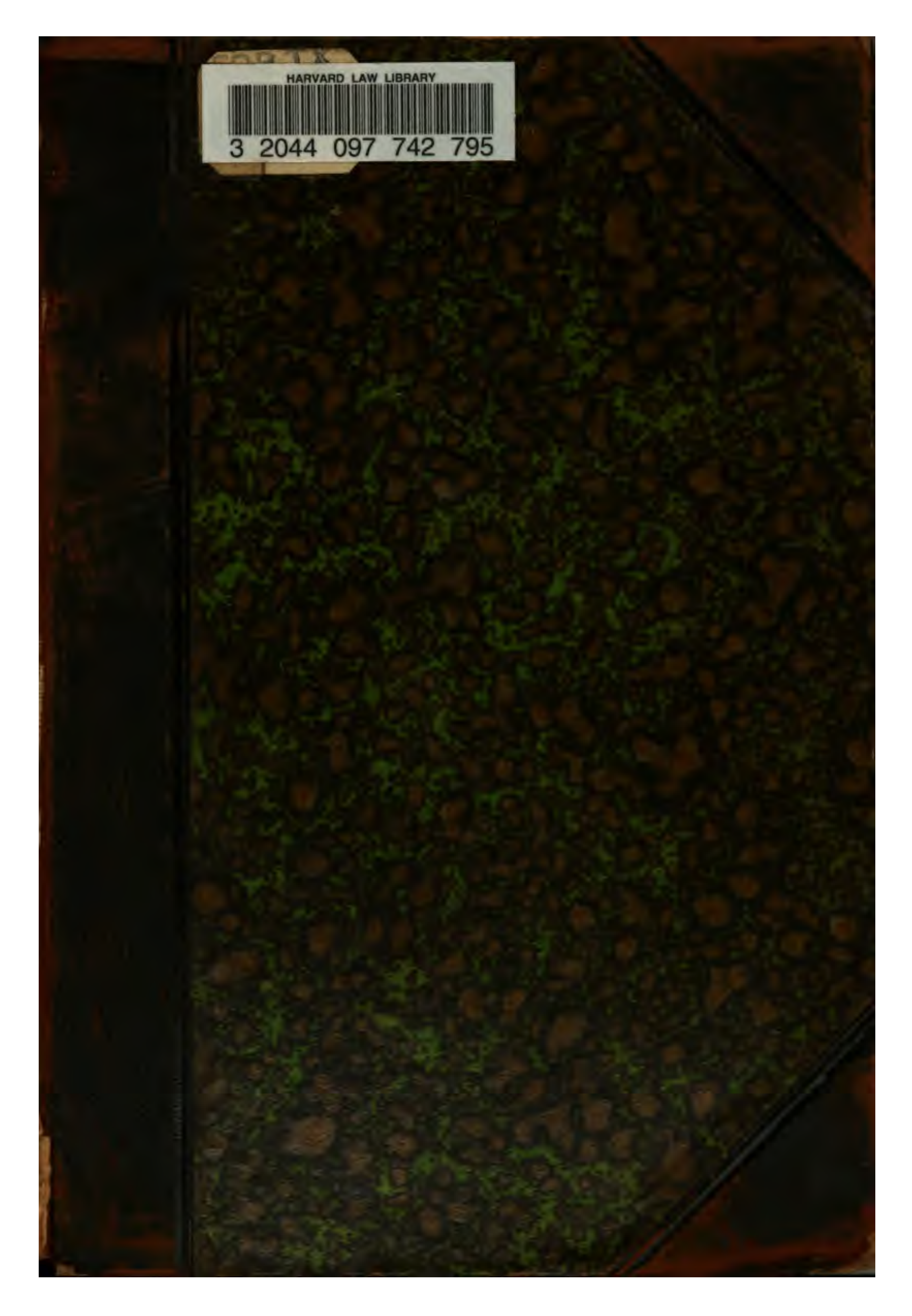
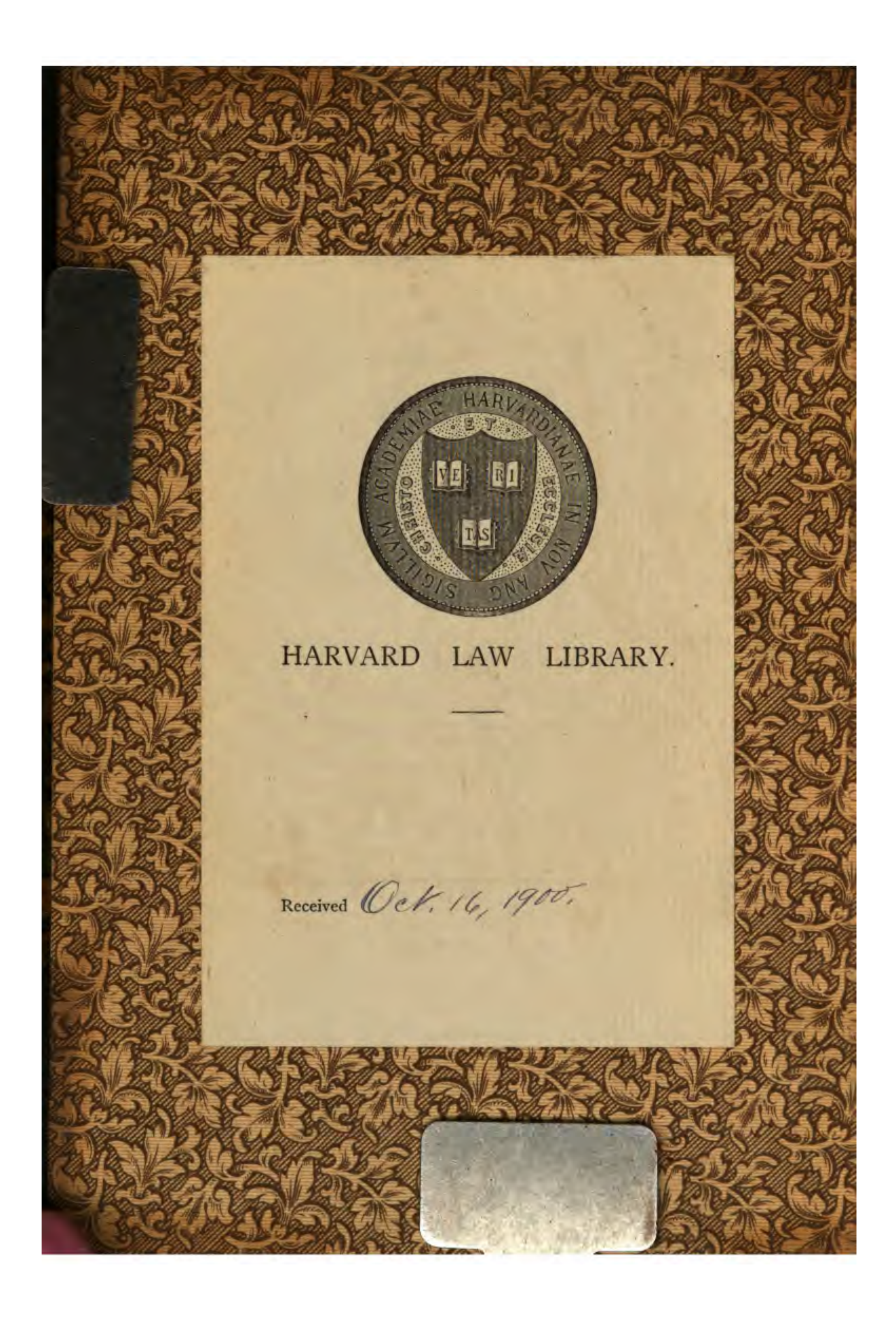
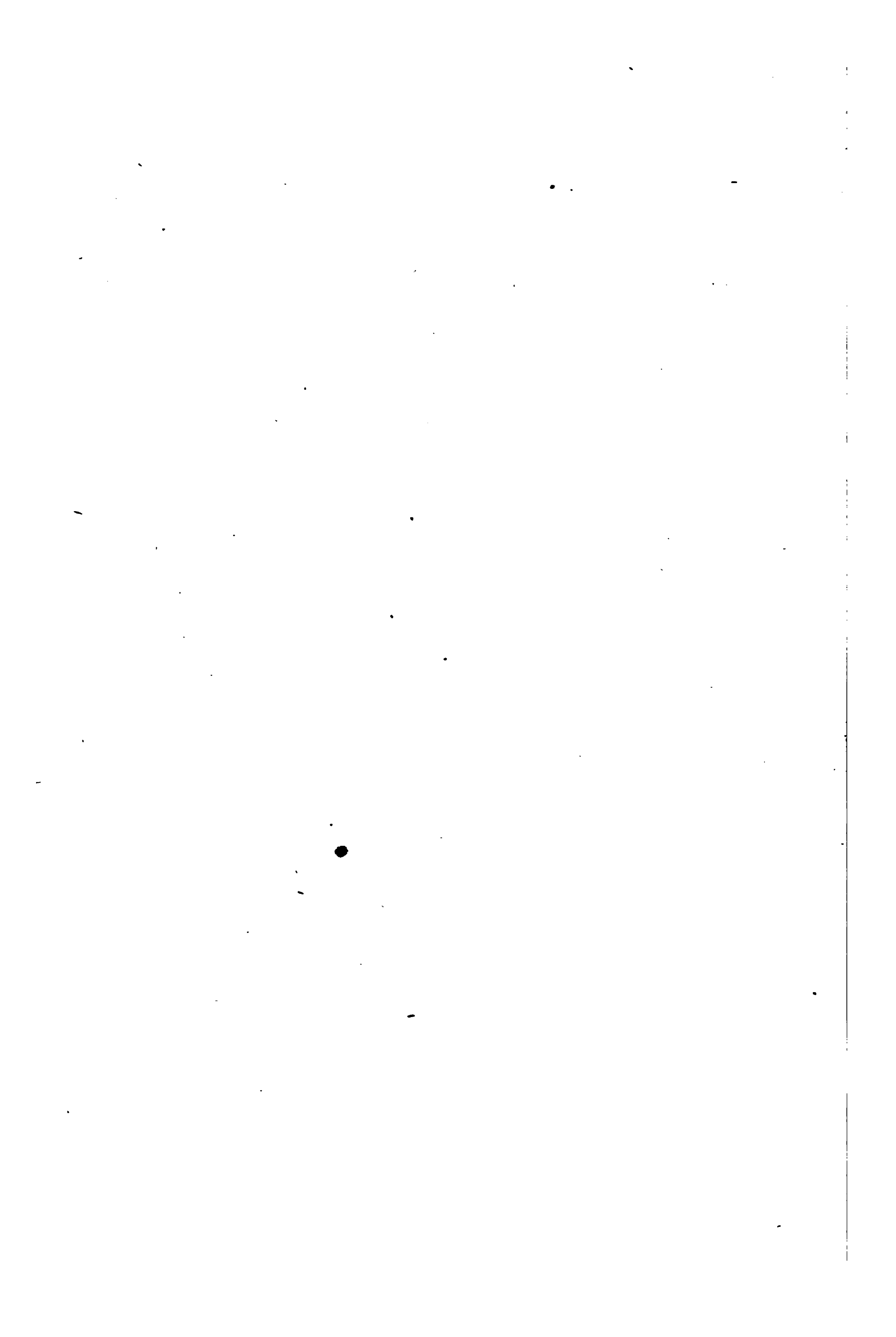

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 742 795


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany

Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.



Der
Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Zur Lehre von der Pendenz der Rechtsverhältnisse.

Festschrift
im Namen und Auftrag der Straßburger Juristen-Fakultät

verfaßt von

Dr. Albert Koeppen.

8.
Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1872.

Rec. Oct. 16, 1900.

Dem gefeierten Lehrer der deutschen Rechtswissenschaft,

dem berühmten Schriftsteller,

dem Meister der Theorie und Praxis,

Herrn

Dr. Carl Georg von Wächter

widmet diese Schrift

zur Feier seines fünfzigjährigen Doctor-Jubiläums

am 16. Juli 1872

als ein Zeichen ihrer Verehrung

die Juristen-Fakultät der Universität Straßburg:

A. Koeppen, d. Z. Decan, **Laband, Brunner, Binding, Bremer, Schultze.**

D[...] Meinung, nach welcher der bonae fidei po[...]er der separirten Früchte wird und nur [...]dicanten der Hauptsache auch die fruc- [...]n[1]), stellt, wie vor fünfzig Jahren [...] wieder Windscheid in seinem [...] in einer besonderen Abhand- la[...]; der redliche Besitzer habe an d[...]als an der fruchttragen- den Sa[...]nsumpti sei er nicht kraft seines[...]s guten Glaubens frei, und die [...] ihm, wie von jedem anderen D[...]

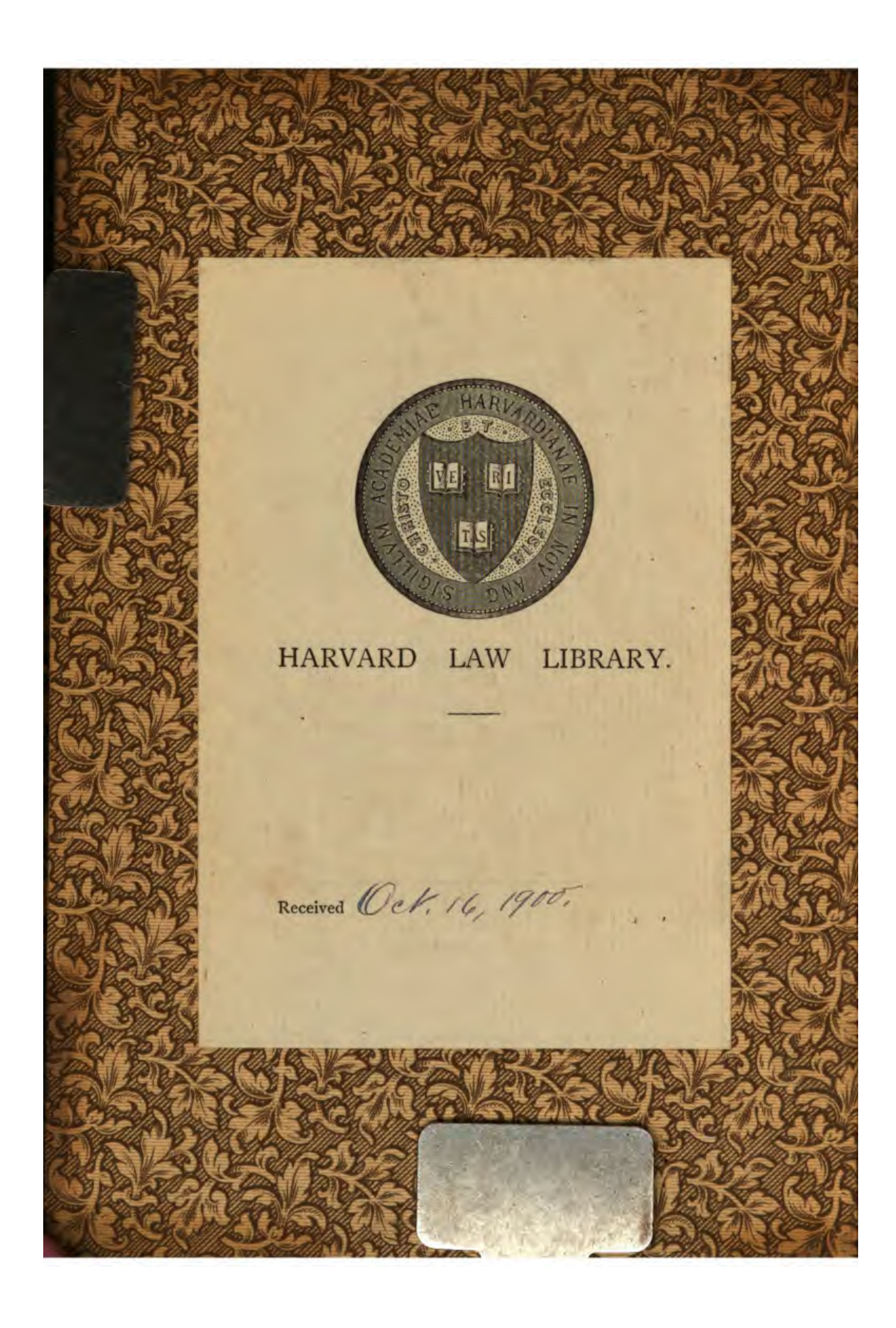
Savigny stü[...]ructus rei frugiferae pars est. [...]derung

---

1) Vergl. die ältere und ne[...] Glossatoren vertretene Theorie un[...]ei Glück, Comment. Bd. 8 S. 270 ff., [...]essor quemadmodum fructus suos faciat p. [...] Vange- row, Pand. § 326 Anm. 2, Arndts P[...]. 3, Wind- scheid, Pand. Bd. 1 § 186.

2) Recht des Besitzes, 4. Aufl. S. 232 ff. ([...]„ 7. Aufl. S. 277 ff. (1865).

3) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 4 S. 55 ff. (1847).


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received Oct. 16, 1900.



Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Der

Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Zur Lehre von der Pendenz der Rechtsverhältnisse.

Festschrift

im Namen und Auftrag der Straßburger Juristen-Fakultät

verfaßt von

Dr. Albert Koeppen.

8.
Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1872.

ROM

Rec. Oct. 16, 1900.

Dem gefeierten Lehrer der deutschen Rechtswissenschaft,

dem berühmten Schriftsteller,

dem Meister der Theorie und Praxis,

Herrn

Dr. Carl Georg von Wächter

widmet diese Schrift

zur Feier seines fünfzigjährigen Doctor-Jubiläums

am 16. Juli 1872

als ein Zeichen ihrer Verehrung

die Juristen-Fakultät der Universität Straßburg:

A. Koeppen, d. Z. Decan, **Laband**, **Brunner**, **Binding**, **Bremer**, **Schultze**.



Der gemeinen Meinung, nach welcher der bonae fidei possessor Eigenthümer der separirten Früchte wird und nur obligirt ist, dem Vindicanten der Hauptsache auch die fructus exstantes zu restituiren [1]), stellt, wie vor fünfzig Jahren Savigny [2]), gegenwärtig wieder Windscheid in seinem Pandektenrecht die früher schon in einer besonderen Abhandlung [3]) entwickelte Ansicht gegenüber: der redliche Besitzer habe an den Früchten kein anderes Recht als an der fruchttragenden Sache; vom Ersatz der fructus consumpti sei er nicht kraft seines Eigenthums, sondern kraft seines guten Glaubens frei, und die fructus exstantes könnten von ihm, wie von jedem anderen Besitzer, eingeklagt werden.

Savigny stützte diese Ansicht auf die Regel: fructus rei frugiferae pars est. Nach ihr soll es mit der Absonderung

---

1) Vergl. die ältere und neuere Literatur über diese schon von den Glossatoren vertretene Theorie und ihre verschiedenen Richtungen bei Glück, Comment. Bd. 8 S. 270 ff., Bake, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat p. 2 sqq. (Berol. 1825), v. Vangerow, Pand. § 326 Anm. 2, Arndts Pand. § 156 Anm. 3, Windscheid, Pand. Bd. 1 § 186.

2) Recht des Besitzes, 4. Aufl. S. 232 ff. (1822), 7. Aufl. S. 277 ff. (1865).

3) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 4 S. 55 ff. (1847).

der Frucht genau dieselbe Bewandniß haben, wie mit der reellen Theilung jedes andern Ganzen, z. B. der Zerlegung eines Thieres, oder dem Abbrechen eines Hauses. „Wenn ein Ganzes in seine Theile zerlegt wird", sagt er, „so fängt für diese „Theile ein neuer Besitz an, weil sie als besondere Körper „für sich bisher gar nicht im Besitz waren. Also muß für diese „Theile (d. h. in unserem Fall für die Früchte) auch eine neue „b. f. possessio anfangen. Aber nach den Regeln des Be„sitzes wird bei der Zerlegung des Ganzen sowohl die Appre„hension als die iusta causa von dem Ganzen auf den Theil „übertragen: also entsteht auch in unserem Fall die neue b. f. „possessio an der Frucht durch die bloße Absonderung der„selben, und es ist weder eine neue Apprehension (eigentliche „fructuum perceptio), noch eine neue iusta causa hierzu „nöthig[4]). Demnach unterscheidet sich der b. f. possessor „von dem Fructuar und dem Pächter dadurch, daß er schon „durch die bloße Separation, auch wenn sie durch Zufall oder „durch fremde Handlung erfolgt, sein neues Recht erwirbt... „Auf der andern Seite ist aber freilich nicht zu leugnen, daß „in der That dem b. f. possessor an den Früchten etwas ganz „besonders zugewendet werden sollte, pro cultura et cura[5]). „Allein dies Besondere geht nicht auf den Erwerb des Eigen„thums an den Früchten, sondern auf die obligatorischen „Verhältnisse. Wenn nämlich der Besitzer die Früchte verkauft „oder verzehrt, und sich dadurch bereichert hatte, so hätte er „eigentlich diesen Gewinn herausgeben müssen: dazu konnte er „gezwungen werden nicht nur durch die Vindication der Haupt„sache, sondern auch durch eine besondere Condiction auf den „Werth der verzehrten Früchte. Davon nun wurde er freige-

4) arg. l. 48 pr. D. de A. R. D. (41. 1), l. 25 § 1 D. usur. (22. 1), l. 13 D quib. mod. ususfr. (7. 4).

5) § 35 J. de R. D. (2. 1).

„sprochen, diesen Gewinn sollte er behalten dürfen, und das „ist es, was man mit den Ausdrücken eius fiunt fructus, „fructus consumptos suos facit bezeichnet... Daß sie mit „dem Eigenthum hier nichts zu schaffen haben, erhellt am „deutlichsten daraus, daß sie gerade von den consumirten „Früchten gebraucht werden, da doch durch Consumption alles „Eigenthum vielmehr untergehen muß; ferner daraus, daß jenes „besondere Recht gewiß auch bei den s. g. fructus ciuiles (z. B. „Miethgeld) gilt, obgleich dabei von dieser Art Eigenthum „zu erwerben gar nicht die Rede sein kann."

Gegen diese Ausführung ist mit Recht geltend gemacht, daß sie mit dem Begriff der Frucht[6]), mit dem Erwerb durch Separation[7]), und mit Stellen in Widerspruch steht, in welchen dem b. f. possessor geradezu das Eigenthum zugeschrieben ist[8]). Dies wird auch von Windscheid nicht in Abrede gestellt. Er betrachtet die Separation der Frucht nicht als die Zerlegung eines Ganzen in Theile, sondern in Uebereinstimmung mit den Quellen[9]) als die Entstehung einer Sache, die

6) Böcking, Pand. § 151 Note 1, v. Vangerow a. a. O. § 326 Anm. 1 a. E.

7) Puchta, Curs. d. Inst. Bd. 2 § 242 Note pp. und Pandektenvorl. § 166: „Der Besitzer soll nicht durch Besitzergreifung, sondern durch Separation erwerben, der Besitzerwerb soll gleichgültig sein (z. B. ein Dieb separirt). Dies läßt sich vom Eigenthum sagen, aber nicht vom Usucapionsbesitz: er soll Usucapionsbesitz erwerben, aber es ist nicht nothwendig, daß er Besitzer ist!"

8) v. Vangerow a. a. O. Anm. 2 sub a unter Bezugnahme auf l. 25 § 1 D. de usur. (22. 1) ... b. f. possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. l. 28 pr. D. eod., l. 13 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 1 § 2 D. de pignor. (20. 1).

9) l. 10 § 2 D. de usurp. (41. 3)... nec enim esse partum rei furtiuae partem. l. 62 § 8 D. de furt. (47. 2)... etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse. l. 44 D. de R. U. (6. 1).

als das, was sie jetzt ist, bisher noch gar nicht existirte[10]); er behauptet nicht, daß mit der Separation eine b. f. possessio an den Früchten beginnt, wenn es an den Erfordernissen des Besitzerwerbs fehlt, und er giebt zu, daß in den citirten Stellen nur eine Anerkennung des Eigenthumsrechts gefunden werden kann[11]). Er theilt aber die Meinung Savigny's, daß sich die Ausdrücke anderer Stellen: fructus consumptos suos facit und eius fiunt, si consumpti sunt[12]), nicht vom Eigenthumsrecht, sondern nur dahin verstehen lassen, der redliche Besitzer brauche den Vermögenswerth dieser Früchte nicht zu ersetzen[13]). Deshalb, und weil nicht ersichtlich, warum das römische Recht ihm das Eigenthum der Früchte gegeben haben sollte, wenn es ihm die fructus exstantes nicht lassen wollte, glaubt er, der Ausspruch der römischen Juristen: der redliche Besitzer werde Eigenthümer der Früchte, enthalte nicht den Ausdruck ihrer eigentlichen Meinung, sondern sei die Ausbeutung eines Ausdrucks, mit dem ursprünglich nur das Recht, die Früchte ohne Ersatz zu consumiren, bezeichnet werden sollte. Dabei nimmt er jedoch abweichend von Savigny an, daß der Begriff der fructus consumpti die veräußerten Früchte, für die etwas erworben werde, nicht mit umfasse, und daß sich deshalb mit der Consumption der Früchte keine Bereicherung verbinde. Consumere rem heiße: eine Sache als Körper oder als Bestandtheil des Vermögens vernichten. Wer körperlich die Früchte verzehre, werde dadurch nicht reicher, weil er bei onerosem Erwerbe der fruchttragenden Sache in den Früchten die Zinsen von dem aufgewendeten Vermögenswerth ziehe, bei

---

10) Pand. § 186 Note 2.

11) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 83 ff., Pand. § 186 Note 12.

12) l. 40 i. f. D. de A. R. D. (41. 1), l. 4 § 19 D. de usurp. (41. 3).

13) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 84 ff., Pand. § 186 Note 12.

lucrativem Erwerbe aber nach dem natürlichen Lauf der Dinge das bisher zum Ankauf der Früchte erforderliche Geld nicht zum Kapital schlage, sondern für andere Zwecke verausgabe. Und wer durch Veräußerung die Früchte als Bestandtheile seines Vermögens vernichte, werde dadurch gleichfalls nicht reicher, denn eine solche Vernichtung sei nur dann in der Veräußerung enthalten, wenn sich statt des Veräußerten auch nichts Anderes im Vermögen befinde[14]). Hiernach faßt Windscheid seine Ansicht über Sinn und Entstehung der Ausdrucksweise der Quellen in folgender Weise zusammen[15]):

„Der redliche Besitzer braucht für die consumirten Früchte „deswegen keinen Ersatz zu geben, weil er durch ihre Consumption nicht reicher geworden, weil es die Bestimmung der Frucht „ist, verzehrt zu werden. Wer also das Recht hat, die Frucht „zu verzehren, hat alles Recht, was an derselben — allerdings „nicht stattfindet aber doch — ausgeübt wird; er kann darüber „disponiren — nicht wie derjenige, welcher alles Recht an ihr „hat, darüber disponiren kann, aber doch, — wie er darüber „disponirt. Die Erscheinung seines Rechts ist ganz dieselbe, „wie die Erscheinung des vollen Rechts. An die Erscheinung „aber hält sich die ungenaue, unjuristische Auffassung des gemeinen Lebens; für sie ist das volle Recht gleich Consumptionsrecht, also Consumptionsrecht gleich volles Recht. So sind „die Ausdrücke: fructus pertinent ad b. f. possessorem, „eius sunt, fiunt, fructus suos facit im Volke entstanden. „Aus der Sprache des Volks sind sie dann später in die Sprache „der Juristen übergegangen... In derselben sind sie allerdings „vielfach in ihrem Wortsinn, nicht in demjenigen, der ursprünglich damit ausgedrückt werden sollte, gebraucht worden. Jedoch

---

14) A. a. O. S. 95 ff. S. 125 ff., Pand. § 186 Note 12. 16.
15) A. a. O. S. 103 u. S. 121.

„finden sich einerseits auch in den juristischen Schriften der „Römer noch sehr scharf hervortretende Spuren dieser ihrer „ursprünglichen Bedeutung, und andererseits hat sich die un= „genaue Auffassung derselben nie dahin consolidirt, daß der „redliche Besitzer als Eigenthümer, als dominus im juristischen „Sinne des Wortes, anerkannt worden wäre. Vielmehr, wo „die römischen Juristen aufgefordert werden, aus dem ihm an „den Früchten zugeschriebenen Rechte Consequenzen auf seine „Stellung im Einzelnen zu ziehen, gehen sie lediglich davon „aus, daß er das Recht habe, sie zu consumiren. Daher heben „sie seine Verpflichtung, bei der Vindication der Hauptsache die „existirenden Früchte zu restituiren, nicht als etwas Besonde= „res hervor, sondern setzen sie als sich von selbst verstehend „voraus" [16]).

16) Die Stellen, auf welche sich diese Ausführung stützt, sind:

a) l. 40 D. de A. R. D. (41. 1) und l. 4 § 19 D. de usurp. (41. 3); hier sollen die Ausdrücke: fructus eius facit, fructus eius sunt gleichbedeutend gebraucht sein mit den Ausdrücken: fructus consumptos suos facit, fructus eius sunt, si consumpti sunt, und daraus folgen, daß sie den Eigenthumserwerb nicht bezeichnen können, weil er an einer consumirten Sache unmöglich sei; a. a. O. S. 84 ff.

b) § 35 J. de R. D. (2. 1), l. 1 § 2 D. de pignor. (20. 1), l. 40 § 1 D. de H. P. (5. 3); in diesen Stellen werde aus dem fructus suos facere nur gefolgert, daß der redliche Besitzer für die consumirten Früchte keinen Ersatz zu geben brauche, nicht daß er trotz seines Eigenthums die fructus exstantes zu restituiren habe, wie es hätte geschehen müssen, wenn ihm das Eigenthum zugesprochen werden sollte; a. a. O. S. 92 ff.

c) § 2 J. de off. iud. (4. 17), u. c. 22 C. de R. U. (3. 32); hier werde weiter nichts gesagt, als daß der redliche Besitzer nur die vorhandenen Früchte, die consumirten nicht herauszugeben habe.

d) l. 4 § 2 D. fin. reg. (10. 1); in den Worten dieser Stelle: et lucrari eum oportet, si eos consumpsit trete die ursprüngliche Auffassung des römischen Rechts noch ganz bestimmt zu Tage, denn das lucrari bezeichne gerade den Vortheil, welchen es dem redlichen Besitzer zuwenden wolle; a. a. O. S. 106 ff.

Die Grundlage für Windscheid's Theorie bildet demnach der Satz: die Separation der Früchte erzeugt für den redlichen Besitzer nur die Möglichkeit, an ihnen die b. f. possessio zu erwerben; tritt dieser Erwerb wirklich ein, so erhält er durch denselben das Consumptionsrecht, so lange seine bona fides fortdauert. Aus diesem Satze wird dann gefolgert, einerseits daß ihm die Usucapion der Früchte nicht versagt werden dürfe, andererseits daß ihm inzwischen die fructus exstantes nicht blos zugleich mit der Hauptsache als Zubehör, sondern mit einer besonderen Vindication vom Dominus abgefordert werden können[17]), und daß die Vindication auch gegen den dritten Besitzer, an welchen die Früchte veräußert sind, zu gestatten sei, soweit dadurch das Consumptionsrecht keine Beeinträchtigung erleide. Sie wird daher für unzulässig erklärt, wenn durch die Verurtheilung des dritten Besitzers der Auctor genöthigt werden würde, das für die Früchte Empfangene herauszugeben, obwohl er es bereits verzehrt hat[18]), für zulässig aber, wenn der dritte Besitzer gegen seinen Auctor keinen Regreß hat, oder wenn er diesen zwar hat, sein Auctor aber noch den für die Früchte erhaltenen Werth besitzt, weil er dann die Früchte noch nicht consumirt habe.

Dies sind die Principien für die fructus naturales; für die fructus ciuiles stellt Windscheid folgende besonderen Grundsätze auf[19]). An juristischen Früchten, welche für die Ueberlassung der natürlichen gezogen sind, steht dem b. f. possessor dasselbe Recht zu, wie an diesen, weil sie dieselben

---

17) A. a. O. S. 122 ff., Pand. § 186 Note 14. 15. 17. 18.

18) arg. l. 25 § 17 D. de H. P. (5. 3) Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, uindicare petitor ab emptore possit? ... Et puto, posse res uindicari, n i s i e m p t o r e s r e g r e s s u m a d b o n a e f i d e i p o s s e s s o r e m h a b e n t.

19) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 132 ff.

repräsentiren: so lange er das Pachtgeld oder dessen Werth noch hat, kann der Dominus es condiciren, nach der Consumption aber keinen Ersatz fordern. Dagegen bei fructus ciuiles von einer nicht fruchttragenden Sache cessirt die condictio, weil diese nach Analogie eines bona fide besessenen Sclaven schon vor der Consumption dem redlichen Besitzer zu vollem Recht gehören.

Den Ausführungen über die Ausdrucksweise der Quellen, welche dieser Theorie zu Grunde liegen, hat sich in neuster Zeit Göppert[20]) der Sache nach angeschlossen. Die Resultate, zu welchen er gelangt, sind nicht in allen Punkten dieselben, weil er das fructus suos facere nicht ausschließlich aus der Consumptionsbefugniß herleitet, und den Begriff der fructus consumpti auch auf die gegen Entgeld veräußerten Früchte erstreckt, aber das Fundament seiner Argumentation ist nur insofern ein anderes, als er die separirte Frucht, nicht als res noua, sondern, wie Savigny, als pars rei frugiferae angesehen wissen will[21]). Seine Ansicht ist in der Kürze folgende[22]):

Bis zur Separation besitzt der b. f. possessor die Früchte nur in und mit der Hauptsache. Nach derselben erwirbt er an ihnen als besonderen Objecten den Usucapionsbesitz, falls er um die Separation weiß und die Früchte von Neuem apprehendirt[23]); er hat daher die actio Publiciana und die Aussicht

---

20) Ueber die organischen Erzeugnisse S. 320 ff. (Halle 1869).

21) Vgl. gegen die darauf bezüglichen Erörterungen die Recension der Göpperschen Schrift von Hartmann in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 11 S. 513 ff.

22) Vgl. S. 344 ff. a. a. O.

23) Nach der heutigen Doctrin ist es consequent, wenn Göppert den Besitzerwerb von der Kenntniß der Separation abhängig macht, da der animus rem sibi habendi dieselbe voraussetzt; nach den Grundsätzen des römischen Rechts ist sie aber nicht erforderlich, weil nach ihnen zu den

auf das Eigenthum nach Ablauf des tempus usucapionis. Deshalb konnten die römischen Juristen sagen: fructus percipiendo suos facit[24]). Kommen die separirten Früchte nicht in seinen Besitz, so ist er ebenfalls nicht schutzlos: wenn sie als fructus pendentes entwendet sind, hat er die actio furti und die condictio possessionis, und wenn sie bei der Entwendung schon durch Naturvorgang separirt waren, schützt ihn die actio Publiciana und die condictio sine causa. Jene kann er, wie die rei uindicatio, auf die noch in natura vorhandenen Früchte selbständig oder in Verbindung mit der Klage auf die Hauptsache anstellen, und im letzten Fall auch die fructus percepti und percipiendi aus der Proceßzeit als causa rei fordern[25]); diese geht separat oder mit der Hauptklage verbunden auf die verzehrten und veräußerten Früchte. Zur Begründung der condictio genügt der durch die Vernichtung der Früchte bewirkte Verlust der actio Publiciana, weil er dem Beklagten zu Gute gekommen ist[26]). Die römischen Juristen konnten daher auch sagen: b. f. possessor fructus separatione suos facit. Freilich muß das suos facere separatione wie perceptione von allen gewöhnlichen separirten Sachtheilen ebenso gelten, wie von den Früchten; bei diesen existirte aber

Erfordernissen des Besitzerwerbes nur eine causa possessionis gehört, (vgl. meine Abhandl. über den obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 129 in der Note), die ohne Wissen des Besitzers eintreten kann und deshalb hier ohne Weiteres von der Hauptsache auf die Früchte übertragen wird, l. 11 § 4 D de Publ. i. r. act. (6. 2); es erwirbt z. B. ein Filiusfamilias an den Peculiensachen, die er detinirt, beim Tode seines Vaters als heres necessarius sofort den juristischen Besitz, obwohl er von der Erbfolge keine Kenntniß, also keinen animus rem sibi habendi hat, l. 44 § 4 D. de usurp. (41. 3).

24) l. 48 pr. D. de A. R. D. (44. 1).

25) l. 11 § 2 D. de Publ. i. r. act. (6. 2).

26) arg. l. 15 § 1 D. de cond. ind. (12. 6).

in der Begünstigung, welche dem b. f. possessor an ihnen gewährt war, ein besonderer Grund, es ausdrücklich hervorzuheben:

Der b. f. soll die consumirten Früchte lucriren, wenn er bei der Consumption in bona fide ist; nur die fructus exstantes soll er herausgeben. Fructus exstantes sind blos die vorhandenen natürlichen Früchte. Ein Anspruch des Dominus auf die fructus ciuiles, mögen sie in Pacht= oder Miethzins bestehen, läßt sich juristisch nicht construiren: die Vindication ist nicht denkbar, und für eine Condiction wie gegen den m. f. possessor fehlt es dem b. f. possessor gegenüber an den erforderlichen Voraussetzungen. Die Freiheit vom Ersatz der fructus ciuiles stellt sich daher als etwas Selbstverständliches dar. Anders verhält es sich mit der Befreiung vom Ersatz der consumirten natürlichen Früchte. Sie ist kein aus der bona fides sich von selbst ergebender Vortheil, sondern ein ius singulare: denn bei andern Sachtheilen und Sachen tritt sie nur im Fall des eigentlichen Verbrauchens und Verschenkens ein, bei den Früchten aber auch im Fall der Consumption durch lästige Veräußerung. Wäre es richtig, daß blos ein mit Putativtitel versehener b. f. possessor nach Veräußerung der Sache vom Dominus in Anspruch genommen werden darf[27]), so würde allerdings das lucrari der fructus consumpti auch im Fall des Verkaufs u. s. w. nur das ius commune jeder b. f. possessio darstellen, allein dem ist nicht so; der b. f. possessor ex uero titulo haftet gleichfalls der condictio sine causa. Das S. C. Iuuentianum, aus welchem man die nur den Besitzer mit Putativtitel treffende Haf=

27) Vgl. v. Wächter, Erört. Heft 2 S. 100 ff., Jhering, Abhandl. S. 81., Witte, Bereicherungsklagen S. 325 ff., und dagegen Jakobi in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 4 S. 241, Windscheid, Pand. Bd. 2 § 422 Note 4.

tung entstanden glaubt[28]), hat in Wahrheit auch für die hereditatis petitio nicht überhaupt zuerst die Haftung des b. f. possessor eingeführt, sondern blos, was schon früher galt, modificirt und erweitert: während er nach gewöhnlichem Recht erst haftbar wird, wenn der Dominus die Sache vom dritten Erwerber nicht zu erlangen vermag, weil sie usucapirt oder untergangen ist, dann aber schlechtweg auf den erhaltenen Preis[29]), kann nach dem SCtum der Erbschaftsbesitzer schon primo loco, aber nur in quantum etiamnunc locupletior est verklagt werden. Hiernach besteht die Begünstigung des b. f. possessor titulo singulari zunächst darin, daß er auf den für die Früchte gezogenen Preis nicht haftet, während er das für die Hauptsache und überhaupt für andere bona fide besessene Sachen Empfangene an den Dominus herausgeben muß. Auf diesen Vortheil ist aber sein Privilegium nicht zu beschränken. Da er die consumirten Früchte lucriren soll, so muß man noch einen Schritt weiter gehen. Damit er sie auch nicht auf indirectem Wege wieder verlieren kann, ist nothwendig, daß für die vom gutgläubigen Singularbesitzer veräußerten Früchte generell das gilt, was bei der hereditatis petitio für die vom b. f. possessor veräußerten Erbschafssachen dann gilt, wenn er aus dem pretium nicht mehr locupletior ist: der Dominus darf sie vindiciren, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Abgesehen von diesem Fall wird seine Vindication nur durch die Ersitzung der Früchte ausgeschlossen. Der Verlust seines Eigenthums an der Hauptsache hindert sie nicht; er kann die Früchte besonders, nicht blos als causa rei, und deshalb

28) Witte a. a. O. S. 326.

29) l. 49 D. de neg. gest. (3. 5), l. 23 D. de R. C. (12. 1), c. 1 C. de reb. al. non alien. (4. 51), c. 1 C. de comm. rer. alien. (4. 52).

auch dann noch vindiciren, wenn die Hauptsache usucapirt oder untergegangen ist. — Seinen Grund hat das ius singulare in der praktischen Erwägung, daß die Restitution von Summen, die Jemand als Revenue seines Besitzes betrachtet und behandelt hatte, häufig vorkommen, und in Folge dessen durch die Anwendung des regelmäßigen Rechts objectiv mehr Schaden und Verwirrung entstehen würde, als die Einhaltung der Regel werth sein konnte[30]).

Um diese Deduction den Quellen gegenüber aufrecht zu halten, erklärt Göppert[31]) den § 35 cit. J. de R. D. (2. 1), der den Fruchterwerb des b. f. possessor mitten in der Lehre vom Eigenthumserwerb behandelt, für ein „ungeschicktes Einschiebsel", welches auf „doctrinärem Mißverständniß" der Redactoren Justinian's beruhe; die hervorgehobenen Pandektenfragmente, in welchen dem redlichen Besitzer geradezu das Eigenthum an den Früchten zugesprochen wird, beseitigt er durch die Auskunft, der Jurist habe sich hier „nicht völlig congruent" ausgedrückt, und „die Ungenauigkeit des Ausdrucks nicht ängstlich vermieden", weil es sich theils um specielle Nebenfragen[32]), theils um eine beiläufige Bemerkung[33]) handle, nicht darum, von welcher juristischen Beschaffenheit das Rechtsverhältniß des b. f. possessor zu den Früchten sei; und hinsichtlich der übrigen Stellen, in denen es heißt: b. f. possessorem fructus suos facere, fructus pertinere ad eum,

30) arg. l. 44 pr. D. de usurp. (41. 3).

31) S. 328 ff. a. a. O.

32) In l. 25 § 1 D. de usuris (22. 1) um die Frage, ob der Umstand, daß ein Dritter gesäet habe, in l. 25 § 2 D. eod., ob mala fides superueniens Einfluß auf die Befugniß des b. f. possessor habe, und in l. 13 D. quib. mod. ususfr. (7. 4) um den verschiedenen Zeitpunkt, in welchem beim Usufructuar und b. f. possessor ihr wie immer geartetes Recht beginne.

33) In l. 1 § 2 D. de pignor. (20. 1).

eius esse, macht er geltend, daß diese Wendungen in unzähligen andern Fällen gebraucht würden, wo sie ganz unzweifelhaft nicht vom Eigenthum, sondern nur von einem Gebühren und Behaltendürfen verstanden werden könnten, und daß eine exacte Auffassung jener Worte, die an sich keinen exacten Sinn hätten, auch um deswillen nicht möglich sei, weil manche Stellen den Eigenthumserwerb mit der Separation, andere erst mit der Perception, und noch andere erst mit der Consumption eintreten ließen [34]).

Diese Rechtfertigung involvirt die Auffassung Windscheid's. Wenn die römischen Juristen theils Ausdrücke gebrauchten, die nach dem juristischen Sprachgebrauch auf das Eigenthum bezogen werden mußten, theils solche, die wenigstens auch darauf bezogen werden konnten, gleichwohl aber den b. f. possessor nicht als Eigenthümer anerkennen wollten, so läßt sich das nur in der Weise erklären, wie es von Windscheid geschehen ist: die Ausdrucksweise mußte nach der äußeren Erscheinung des Rechtsverhältnisses im Volke entstanden und aus der Sprache des gemeinen Lebens von den Juristen adoptirt sein, weil sie nur dann trotz ihrer Ungenauigkeit Jedermann verständlich sein konnte. Ob man zugleich noch annimmt, was Göppert nicht für nöthig hält [35]), jene Ausdrücke seien später auch in der juristischen Sprache vielfach nicht in ihrem ursprünglichen, sondern in ihrem Wortsinn gebraucht worden, ist ziemlich irrelevant, wenn diese ungenaue Auffassung, wie Windscheid hervorhebt, nie zu einer Anerkennung des redlichen Besitzers als Dominus im juristischen Sinne des Worts geführt hat.

Bisher hat diese Interpretation der Quellen keine weite-

---

34) l. 40 D. de A. R. D. (41. 1), l. 4 § 19 D. de usurp. (41. 3)
35) S. 321 a. a. O.

ren Anhänger gefunden. Man hält es nicht für wahrscheinlich, „daß die römischen Juristen Ausdrücke, die beim Volke aus einer ungenauen und unjuristischen Auffassung der Verhältnisse entstanden wären, und die in ihrer wahren juristischen Bedeutung einen ganz andern Sinn hätten, so ohne Weiteres als juristische Kunstausdrücke adoptirt haben sollten" [36]). Und man glaubt, daß wie mit den Aussprüchen der Quellen, so auch mit den Interessen des Verkehrs allein die herrschende Doctrin vereinbar sei; sie verhüte namentlich das mißliche Ergebniß, daß der redliche Besitzer nach erfolgter Veräußerung oder Ersitzung der Hauptsache noch wegen vorher gezogener Früchte belangt werden könne, während vom Standpunkt der neuen Lehre sogar die Klage auf noch nicht ersessene Früchte von bereits ersessenen ins unbegrenzte gestattet werden müsse, wenn ihre Separation vor der Vollendung der Ersitzung erfolgt sei [37]).

Diese Einwendungen haben auf Windscheid keinen Eindruck gemacht. Er ist bei seiner Ansicht mit dem Bemerken stehen geblieben [38]): wer sie verwerfen wolle, müsse nachweisen, was in genügender Weise bisher nicht geschehen sei [39]), weshalb das römische Recht dem redlichen Besitzer das Eigenthum an den Früchten gegeben habe, wenn es ihm dasselbe nicht lassen, sondern blos die Consumptionsbefugniß zugestehen wollte.

Es soll hier versucht werden, diesen Nachweis zu führen. Die Untersuchung, welche dazu erforderlich ist, muß von dem

---

36) v. Vangerow a. a. O. § 326 Anm. 2 S. 622.

37) Fitting, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 276 Note 185.

38) Pand. § 186 Note 12.

39) Vgl. Windscheid's Bericht über die bisherigen Versuche, den Fruchterwerb des b. f. possessor zu begründen, in d. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 57—75 und Göppert a. a. O. S. 321 ff.

Grunde des Erwerbes ausgehen und nach ihm die juristische Natur desselben bestimmen.

I. Grund des Erwerbs.

Die Production der Früchte fordert, wie die Production aller ökonomischen Güter, in der Regel das Zusammenwirken von drei Factoren: der Natur, der Arbeit und des Kapitals[40]). Die Natur bringt den neuen Stoff der Frucht aus der Substanz der fruchttragenden Sache hervor, die Arbeit leitet die Kräfte der Natur in die zur Production und Kultur der Sache erforderliche Richtung, und das Kapital giebt der Arbeit die Hülfsmittel, ohne welche sich die Frucht nicht ziehen läßt[41]). Der Antheil, welchen diese drei Factoren an der Production haben, kann ein verschiedener sein, die Art und Weise aber, wie sie bei der Production mitwirken, ist überall dieselbe. Erzeugt wird die Frucht stets durch den ersten Factor, nicht blos wenn sie eine freiwillige Naturgabe, sondern auch wenn sie vorwiegend das Product der beiden andern Factoren ist; Arbeit und Kapital sind nur die auf ihre Erzeugung verwendeten Kosten[42]).

---

40) Vgl. Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie § 46. Schäffle, Lehrb. d. Nationalökonomie § 21 ff.

41) Schäffle a. a. O. S. 6.

42) „Bei aller Einwirkung der Arbeit auf den Stoff", sagt Schäffle a. a. O. § 24 „hört die Naturkraft des Stoffs nicht auf zu wirken. Die menschliche Arbeitseinwirkung, selbst getragen von der leiblichen und geistigen Kraft, erzeugt nur die nützliche Lage, Richtung und Bewegung der mitwirkenden Naturkräfte und Materien. Arbeit bringt blos Nützlichkeiten am Gegenstand, keine Gegenstände hervor..... Man könnte in der Landwirthschaft keine Pflanze hervorbringen, wenn nicht durch den Boden — diese Maschine zur wirksamen Zusammenleitung von Licht, Wärme, Feuchtigkeit, Electricität auf die Lebenskraft des Pflanzenkeims — die Naturkräfte in eine bestimmte nützliche Richtung auf einander

Diesem natürlichen Verhältnisse entsprechend bestimmt das römische Recht: Dominus der separirten Früchte wird naturali ratione der Dominus der fruchttragenden Sache, auch wenn sie von ihm mit fremden Kapital z. B. mit fremden Saatkorn[43]), und wenn sie überhaupt nicht von ihm, sondern durch die Arbeit und das Kapital eines Dritten gewonnen sind[44]): da sein Eigenthum die ganze Substanz der Sache ergreift, aus der nach dem Naturgesetz die Früchte als neue Sachen hervorgehen[45]), so zieht es das Eigenthum an diesen nach sich[46]). Der

---

gebracht würden... Bewegung und Widerstand gegen natürliche Bewegung sind die einzigen Dinge, worauf die Muskeln des Menschen eingerichtet sind. Aber eben dies reicht hin, um ihm alle die Gewalt zu geben, die das Menschengeschlecht über die Natur erlangt hat."

43) l. 25 § 1 D. de usur. (22. 1)... in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur. et ideo nemo unquam dubitauit, quin, si in meo fundo frumentum tuum seuerim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret.

44) l. 25 pr. D. eod... Nec refert, ipse an socius an uterque eos seuerit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: et quemadmodum si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit.

45) l. 121 D. de U. S. (50. 16) Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est noua obligatione. l. 62 pr. D. de R. U. (6. 1 ... uectura sicut usura non natura peruenit.

46) l. 1 pr. D. de A. R. D. (41. 1) Quarundum rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque seruatur, quarundam iure ciuili, id est iure proprio ciuitatis nostrae... Omnia igitur animalia, quae terra, mari, caelo capiuntur,... capientium fiunt, § 2. uel quae ex his apud nos sunt edita. l. 6 D. eod. § 19 J. de R. D. (2. 1). Item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure (naturali) tibi adquiruntur. § 18 J. eod. Vgl. Leist, Natur des Eigenthums S. 141.

Umstand, daß die Productionskosten nicht aus seinem Vermögen bestritten sind, darf gegen ihn nach der naturalis ratio nur eine Forderung auf den Abzug der Impensen begründen[47]).

Sollen diese Principien außer Anwendung treten, so muß andern Personen ein Recht auf die Früchte zustehen, neben welchem der Erwerb für den Dominus nur eventuell oder gar nicht Statt finden kann. Ein solches Recht hat der Pächter nicht, wohl aber der Usufructuar, der Emphyteuta und der bonae fidei possessor[48]).

---

47) c. 11 C. de R. U. (3. 32), l. 36 § 5 D. de H. P. (5. 3) Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conseruandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, uerum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit. l. 65 § 5 D. de cond. ind. (12. 6.), l. 10 § 9 D. mand. (17. 1).

48) Der nachfolgenden Erörterung liegen die Principien über die successive Entstehung der Rechtsgeschäfte und der Rechtsverhältnisse zu Grunde, welche in meiner Schrift über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden § 2 u. 3 entwickelt sind. Des leichteren Verständnisses wegen sollen sie hier in kurzer Uebersicht zusammengefaßt werden; aus derselben wird sich zugleich ergeben, inwieweit eine im lit. Centralbl. Jahrg. 1871 Nr. 44 erschienene Beurtheilung gerechtfertigt ist. Sie rügt, daß meine Darstellung die beiden Begriffe, Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß in ihrer gegenseitigen Beziehung nicht scharf abgrenze, daß das Wort Rechtsgeschäft ohne weiteres im objectiven Sinne gebraucht und deshalb zum Thatbestande desselben nicht nur die Willenserklärung (die man als Rechtsgeschäft im subjectiven Sinne bezeichnen könne) gerechnet sei, sondern auch die vom Willen unabhängigen Voraussetzungen seiner Wirksamkeit, die man gemeiniglich als conditiones iuris bezeichne. Fasse man das Wort in diesem Sinne, so bleibe der Gegensatz zum Rechtsverhältniß insofern unklar, als jedes objective Rechtsgeschäft sich nothwendig in der Erzeugung, Aufhebung oder Modification von Rechtsverhältnissen offenbare, folglich ein Unterschied zwischen dem unfertigen (objectiven) Rechtsgeschäft und dem unfertigen Rechtsverhältniß sich gar nicht durchführen lasse. An diese mangelhafte Grundlage der ganzen Untersuchung schließe sich dann ferner der Fehler,

Der Pächter hat nur eine Forderung auf die Tradi-

---

daß das Verhältniß von conditio iuris und conditio facti nirgends principiell festgestellt, sondern in einer durchaus principlosen und willkürlichen Weise behandelt sei: bald werde ein Gegensatz zwischen beiden Begriffen vorausgesetzt, bald ganz unterschiedslos mit ihnen operirt.

Meine Untersuchung nimmt folgenden Gang:

Zur Existenz eines Rechtsgeschäfts gehören zwei Requisite: die Existenz seines Errichtungsactes und die Existenz der juristischen Voraussetzungen, ohne welche dieser Act kein Rechtsverhältniß erzeugen, d. h. ohne welche er weder pure, noch sub conditione oder in diem die Entstehung, Aufhebung oder Modification von Rechten bewirken kann (S. 7).

Bei der Errichtung eines Rechtsgeschäfts können diese Erfordernisse seines Thatbestandes, statt gleichzeitig nebeneinander, auch in Zwischenräumen nach einander eintreten, namentlich so, daß der Errichtungsact ungetheilt, aber vor dem anderweitigen Thatbestande zur Existenz kommt, oder auch so, daß die zur Errichtung nöthigen Willenserklärungen in Intervallen abgegeben werden (S. 10). Hier wie dort haben bis zur Vollendung des Geschäfts die Willenserklärungen, mit welchen es anfängt, kein rechtlich garantirtes Dasein; sie existiren nur durch den fortdauernden Willen ihres Subjects, weil durch sie noch kein Rechtsverhältniß irgend einer Art, auch kein bedingtes oder betagtes, ins Leben gerufen wird (S. 12). Deshalb ist die heute übliche Definition, nach welcher schon alle auf eine Rechtsänderung gerichteten Willenserklärungen Rechtsgeschäfte sein sollen, als incorrect zu verwerfen. Die Jurisprudenz darf nur das Geschäft ein Rechtsgeschäft nennen, welches ein Rechtsverhältniß erzeugt hat und dadurch eine Existenz führt, die nicht von dem fortdauernden Willen seines Urhebers abhängt, sondern durch das Recht gesichert ist. Diejenigen Willenserklärungen, welche zwar eine Rechtsänderung bezwecken, deren Existenz aber lediglich auf dem fortdauernden Willen ihrer Subjecte beruht, weil sie bis zu ihrer Vereinigung mit anderen Willenserklärungen oder sonstigen Thatsachen kein Rechtsverhältniß begründen können, müssen in Uebereinstimmung mit der Auffassung und Ausdrucksweise der römischen Juristen als unvollendete, oder weil ihre Vollendung noch ungewiß ist, als schwebende Geschäfte dem fertigen Rechtsgeschäft (negotium contractum, perfectum) gegenübergestellt werden. Denn die Quellen sagen von einem Geschäft, dessen Errichtungsact sich successive vollzieht, daß die superiores actus bis zum novis-

tion der Früchte. Deshalb erwirbt bei der Separation das

---

simus actus in pendenti sind und erst durch ihn confirmirt werden, l. 18 D. comm. praed. (8. 4); und wenn nach dem Thatbestande eines Rechtsgeschäfts zu dem Errichtungsact demnächst noch eine anderweitige Thatsache hinzukommen muß, so bezeichnen sie diese als die conditio oder als den dies, bis zu dessen Eintritt das Geschäft gleichfalls in pendenti, und um deswillen ein negotium imperfectum bleibt, welches nur so lange existirt, als es durch den Willen seiner Subjecte getragen wird, l 9 § 1 D. de iure dot. (23. 3), l. 31 § 2 D. de donat. (39. 5), l. 7 D. de m. c. donat. (39. 6).(S. 14 ff.). In beiden Fällen kann aber sowohl die Willenserklärung wie die anderweitige Thatsache, welche eine conditio iuris für die Vollendung des Rechtsgeschäfts ist, durch die Willenserklärung des Disponenten, mit welcher es beginnt, zugleich eine conditio facti für das beabsichtigte Rechtsverhältniß werden (S. 17 ff.). Hier ist dann dem Begriff der conditio gemäß während der Pendenz des Geschäfts die gegenwärtige Existenz des Rechtsverhältnisses factisch in pendenti d. h. nach dem vom Recht noch nicht beherrschten Willen des Disponenten. Rechtlich wirksam wird dieser Wille erst mit der Perfection des Geschäfts; jetzt wird die Entstehung des Rechtsverhältnisses auf die Zeit zurückgezogen, wo das Geschäft angefangen hat. Anders bei einem bedingten Rechtsverhältniß aus einem perfecten Geschäft, welches rechtlich in pendenti ist, weil es sofort mit dem Abschluß des Geschäfts als ein in der Bildung begriffenes existirt; bei ihm wird nur seine durch die Erfüllung der Bedingung bewirkte Vollendung zurückgezogen. Daher sind auch die Wirkungen der Rückziehung hier und dort verschieden: hier werden alle Dispositionen über das zu erwerbende Recht, welche der Auctor während der Pendenz zum Nachtheil des Erwerbers getroffen hat, rückwärts ungültig, alle Dispositionen des Erwerbers aber rückwärts gültig (S. 33 ff. S. 42 ff.), dort bleiben jene gültig, und diese kommen nur soweit rückwärts zu rechtlicher Existenz, als sie mit den Dispositionen des Auctors nicht collidiren, weil der Erwerber dem unvollendeten Geschäft noch völlig rechtlos gegenüber steht (S. 18). So lange das Rechtsgeschäft noch im Werden ist, existirt nur ein Stück von ihm selbst, kein Rechtsverhältniß irgend einer Art, sobald aber das Rechtsverhältniß ins Leben tritt, ist das Rechtsgeschäft perfect, gleichviel ob aus ihm ein fertiges Rechtsverhältniß entsteht, oder ein unvollendetes, weil es ein bedingtes oder betagtes ist, das seine weitere Entwicklung erst von der Zukunft erwartet. Hier wird der Entwick-

Eigenthum an ihnen der Dominus; damit es von ihm auf den

---

lungsproceß des Rechtsgeschäfts durch den Entwicklungsproceß des Rechtsverhältnisses nicht verlängert; es muß sich vielmehr, damit dieser beginnen kann, jener vollendet haben und dadurch der für ihn geltende Grundsatz: das unvollendete Rechtsgeschäft existirt nur durch den fortdauernden Willen seiner Urheber, außer Anwendung gesetzt sein. So z. B. bei einem Kauf, aus dem die Contrahenten ihre Forderungen als bedingte erwerben sollen. Hier ist das Rechtsgeschäft des Kaufvertrags mit dem Consens über Waare und Preis fertig (contractum negotium), die Bedingung mag auf Privatdisposition beruhen, oder eine conditio iuris sein, aber die Rechtsverhältnisse, die Obligationen (emptio, uenditio), welche durch ihn entstehen sollen, sind noch unvollendet und, weil ihre Vollendung noch ungewiß ist, in pendenti, l. 8 pr. D. de contr. empt. (18. 1), l. 53 § 9 D. de aed. edict. 21. 1. (S. 25).

Ob eine Thatsache eine Bedingung für die Vollendung des Rechtsgeschäfts oder blos des Rechtsverhätnisses ist, das hängt, abgesehen von singulären Vorschriften (S. 109 ff.), von der Willkür der Personen ab, welche das Geschäft errichten, wenn die Thatsache eine conditio facti ist, die sie selbst aufstellen, und wenn sie an sich nur eine conditio iuris für die Vollendung des Rechtsverhältnisses ist; diese können sie umwandeln in eine Bedingung für die Vollendung des Rechtsgeschäfts. Dagegen eine für diese erforderliche Thatsache kann nur zugleich, und auch dies nicht überall (vgl. S. 17. 18), zu einer conditio für das Rechtsverhältniß gemacht werden mit den Wirkungen der factischen Pendenz.

Die Anwendung dieser für die unvollendeten Geschäfte geltenden Principien ist in meiner Schrift an den verschiedenartigsten Fällen aus den Quellen nachgewiesen (S. 82—140). Es genügt hier folgende Beispiele hervorzuheben. 1) Bei der donatio rerum unter Ehegatten existirt der Errichtungact von der Zeit, wo der dingliche Vertrag der Tradition in der gesetzlichen Form geschlossen ist, c. 25 C. de donat. i. u. e u. (5. 16). Dieser Vertrag bleibt aber bis zum Tode des Schenkers ohne jede rechtliche Wirkung, l. 3 § 10 D. h. t. (24. 1). Deshalb ist er ein negotium imperfectum, das durch den fortdauernden Willen der Contrahenten aufrecht erhalten werden muß, c. 18 C. h. t. (5. 16), l. 32 § 6 D. h. t. (24. 1); der Tod des Schenkers gehört nach Rechtsvorschrift zu seinem Thatbestande, oder, was dasselbe ist, er ist eine conditio iuris für die Vollendung des Vertrags, weil erst jetzt durch denselben ein Rechts-

Pächter übergeht, muß dieser die Früchte voluntate domini

---

verhältniß entsteht. Diese conditio iuris für die Vollendung des Rechtsgeschäfts wird nun aber zugleich eine conditio facti für den Eigenthumserwerb, wenn der Schenker den Beschenkten schon vom Moment der Tradition zum Eigenthümer machen will: dann ist diesem Willen gemäß vom Moment der Tradition die gegenwärtige Acquisition des Eigenthums factisch in pendenti, c. 24 i. f. C. h. t. (5. 16), und es wird demgemäß beim Tode des Schenkers die Entstehung des Eigenthums für den Beschenkten auf die Zeit der Tradition zurückgezogen, c. 25 i. f. C. h. t. (5. 16), mit der Wirkung, daß die von ihm inzwischen über die tradirte Sache getroffenen Dispositionen rückwärts convalesciren, soweit sie mit den Dispositionen des Schenkers nicht collibiren, l. 11 § 9 D. h. t. (24. 1), l. 32 § 5 D. eod. c. 12. 13. 25 C. h. t. (5. 16), Nou. 162 c. 1 § 2. Dieselbe Gestalt erhält auch eine Schenkung unter andern Personen nach Uebereinkunft, wenn sie die dingliche Wirkung der Tradition bis zum Eintritt einer gewissen Thatsache suspendiren, l. 15 i. f. D. de manum. (40. 1). (S. 19. 24), — 2) Eine successive Vollendung der Tradition ist auch in der Weise möglich, daß sich der Errichtungsact getheilt vollzieht: die Besitzübertragung mit dem animus dominii transferendi kann der Besitzergreifung mit dem animus dominii accipiendi vorausgehen (S. 104). Will hier der Tradent, daß der Accipient schon vom Moment der Besitzübertragung Eigenthümer werden soll, so ist die Perception nicht blos eine conditio iuris für die Vollendung des dinglichen Vertrages, sondern zugleich eine conditio facti für den Eigenthumserwerb, der zufolge dieser nach der Perception auf die Zeit, wo die Tradition begonnen hat, mit den Wirkungen der factischen Pendenz zurückgezogen wird. Ein Beispiel dafür giebt der Fruchterwerb des Pächters, wie oben ausgeführt ist. — 3) Bei der constitutio dotis ante nuptias kann die Eingehung der Ehe blos eine Bedingung für die Vollendung des Rechtsverhältnisses sein. Dann ist die Tradition, durch welche die Dos bestellt wird, sofort ein perfecter dinglicher Vertrag. Seine Existenz ist bis zur Ehe nicht durch den fortdauernden Willen der Parteien bedingt, weil er sofort ein Rechtsverhältniß erzeugt: er giebt dem Accipienten begonnenes Eigenthum d. h. ein dingliches Recht, welches mit der Ehe Eigenthum wird. Nach älterem römischen Recht konnte die Ehe durch Uebereinkunft der Parteien auch zu einer conditio für die Vollendung des Rechtsgeschäfts gemacht werden, so daß die Tradition bis zur Ehe ohne jede dingliche Wirkung

percipiren[49]): nur wenn bei der Erklärung des animus do-

blieb und deshalb inzwischen durch den fortdauernden Willen der Parteien aufrecht erhalten werden mußte. Sollte die Ehe zugleich eine conditio für den Eigenthumserwerb sein, so wurde dieser auch hier mit den Wirkungen der factischen Pendenz zurückgezogen; sollte sie dagegen ein dies für den Eigenthumserwerb sein, so cessirte die Rückziehung, und die Dispositionen des Accipienten über die tradirte Sache aus der Zeit vor der Ehe blieben auch nach derselben ungültig l. 9 § 1 D. de iure dot. (23. 3). (S. 22. 109 ff.). — 4) Nach justinianischem Recht ist bei der Verabredung, der Käufer oder ein Dritter solle das pretium feststellen, diese Preisbestimmung nur eine conditio iuris für die Vollendung der Kaufobligationen, nicht des Kaufvertrages; sie kann aber durch den Willen der Contrahenten auch in eine Bedingung für die Vollendung des Rechtsgeschäfts umgewandelt werden c. 15 C. de contr. empt. (4. 38), l. 35 § 1 D. h. t. 18. 1). (S. 224),

Nach dieser Uebersicht stehen die in der obigen Beurtheilung aufgestellten Behauptungen, mit dem Inhalt meiner Schrift in Widerspruch. Es ist in derselben gezeigt, daß das, was der Referent ein subjectives Rechtsgeschäft nennt, nach den Quellen ein negotium imperfectum ist, durch welches überhaupt kein Rechtsverhältniß entstehen kann, und daß das, was er als ein objectives Rechtsgeschäft betrachtet, in den Quellen als negotium contractum oder perfectum bezeichnet wird, aus welchem nicht blos fertige, sondern auch unvollendete Rechtsverhältnisse hervorgehen können. Daraus erhellt, daß sich der Unterschied von unfertigen Rechtsgeschäften und unfertigen Rechtsverhältnissen nicht blos durchführen läßt, sondern daß er in der Wissenschaft durchgeführt werden muß, weil beide ihre besondere Theorie haben. Es ist ferner nachgewiesen, daß es demgemäß zwei Arten von conditiones facti und conditiones iuris giebt: solche von denen die Vollendung eines Rechtsgeschäfts, und solche von denen blos die Vollendung eines Rechtsverhältnisses abhängt. Dabei ist überall in Uebereinstimmung mit der heutigen Doktrin unter conditio facti eine auf Privatdisposition, unter conditio iuris eine auf Rechtsvorschrift beruhende Bedingung verstanden, und nicht willkürlich und unterschiedslos, wie der Referent behauptet, bald mit dem einen bald mit dem andern Begriff operirt. Er hat sich denn auch nicht veranlaßt gefunden, diese Behauptung durch den Hinweis auf eine meiner Ausführungen zu bekräftigen.

49) l. 62 § 8 D. de furt. (47. 2)... et ideo colonum, quia

minii accipiendi in Form der Besitzergreifung der animus dominii transferendi des Verpächters noch fortdauert, kann sich die implicite mit dem Abschluß des Pachtcontracts begonnene Tradition vollenden[49a]). Hiernach kommt, wenn die Früchte vor der Perception gestohlen werden, die condictio furtiua dem Verpächter zu; der Pächter hat nur die actio furti und die actio conducti, um die Anstellung der condictio furtiua vom Verpächter zu fordern[50]). Gleichwohl sind aber die Dispositionen, welche der Pächter vor der Besitzergreifung über die Früchte trifft, nach derselben keine Dispositionen über eine fremde Sache, weil der Verpächter sein Eigenthum schon vom Moment der Separation an den Pächter übertragen will. Dieser Wille macht die Perception, die an sich blos eine conditio iuris für die Vollendung der Tradition ist, zugleich zu einer stillschweigenden conditio facti für den Eigenthumserwerb des Pächters, die sich mit rückwirkender Kraft erfüllt: da von der Separation an sein gegenwärtiges Eigenthum an den Früchten in pendenti sein soll, so muß es nach der Perception auf diesen Zeitpunkt zurückgezogen werden. Die Pendenz ist aber nur eine factische, keine rechtliche; es tritt die Rückziehung für die Entstehung, nicht für die Vollendung des Eigenthums ein. Der Pächter hat kein begonnenes Eigenthum, welches durch die Perception perfect wird, sondern er ist noch ohne jede dingliche Berechtigung, weil die unvollendete Tradition eine solche

---

uoluntate domini eos percipere uideatur, suos fructus facere.

49a) l. 55 D, de O. et A. (44. 7) In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam siue ea uenditio siue donatio siue conductio siue quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

50) l. 60 § 5 D. loc. (19. 2), l. 26 § 1 D. de furt. (47. 2).

nicht begründen kann[51]). Deshalb bleibt das Recht des Verpächters von der Pendenz und Rückziehung unberührt; sie hindern weder die definitive Gültigkeit der Dispositionen, welche er über die Früchte trifft, noch den definitiven Erwerb der Rechte, die in seinem Eigenthum ihren Grund haben. Sie bewirken nur, daß die eigenen Dispositionen des Pächters, welche das Eigenthum an den Früchten voraussetzen, auch factisch pendente sind und durch die Rückziehung convalesciren, soweit ihnen die Dispositionen des Verpächters nicht entgegenstehen. Es tritt hier dasselbe Verhältniß ein wie bei einer Schenkung unter Ehegatten, durch welche der Beschenkte, wenn die Tradition durch den Tod des Schenkers perfect geworden ist, das Eigenthum rückwärts vom Moment der Besitzübertragung erhalten soll[52]).

Auch der Usufructuar kann erst Eigenthümer der Früchte werden, wenn er sie percipirt: da sein Recht nur ihm persönlich zum Vortheil gereichen soll, so darf er blos die Früchte erwerben, welche er zu seinem Gebrauch in Besitz genommen hat[53]). Diese Besitzergreifung muß aber eine von dem Willen

---

51) Demgemäß ist sie bis zur Perception widerruflich: l. 6 D. de donat. (39. 5)... Sed si is qui a me emerat, siue mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere (sc. saxum ex fundo meo), s i a n t e q u a m e x i m a t, m e p a e n i t u e r i t, m e u s l a p i s d u r a t, si postea, ipsius factum auocare non possum: quasi traditio enim f a c t a uidetur, cum eximitur domini uoluntate. l. 15 § 1, l. 25 § 1 D. loc. cond. (19. 2).

52) l. 11 § 9 D. de donat. i. u. e. u. (24. 1). Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, uiuo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum uitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placeat, r e t r o a g i d o n a t i o n e m, etiam sequens traditio a muliere facta i n p e n d e n t i habebitur. c. 25 C. h. t. (5. 16), c. 12. 13 C. eod. l. 32 § 5 D. eod.

53) l. 13 D. quib. mod. usus fr. (7. 4), l. 8 i. f. D. de ann. legat. (33. 1).

des Dominus unabhängige sein, weil sein Recht auf die Früchte ein dingliches ist; statt durch Tradition müssen sie durch einseitige Perception in sein Eigenthum kommen[54]). Hierüber bestand unter den römischen Juristen keine Meinungsverschiedenheit; dagegen stritten sie über das Rechtsverhältniß der separirten Früchte bis zur Perception:

l. 12 § 5 D. de usufr. (7. 1) Ulp. l. 17 ad Sab. Julianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit uel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc euenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub conditione legatae, quae interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit; uerum est enim condictionem competere proprietario. Cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Julianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod seruus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum

54) Gegen die abweichende Ansicht Puchta's, Pand. § 150, und Böcking's, Pand. § 151. Note 8, vgl. Arndts, Pand. § 156 Anm. 1 und Windscheid, Pand. § 186 Anm. 6.

est condictionem pendere magisque in pendenti esse dominium [55]).

Nach Julian's Ansicht sollten die Früchte Eigenthum des Dominus werden unter der Resolutivbedingung, daß der Usufructuar sie percipirt. Diese Theorie führte zu folgendem Ergebniß: bei der Separation erwirbt der Dominus die Früchte pure [56]), für den Usufructuar entstehen aber gleichzeitig Zwecks Auflösung dieses Erwerbes zwei durch die Perception bedingte Rechte [57]), ein dingliches und ein obligatorisches. Das dingliche Recht ist begonnenes Eigenthum (spes), durch dessen Vollendung mit erfüllter Bedingung das Eigenthum des Dominus aufhört und in seiner ursprünglichen Beschaffenheit an den Usufructuar fällt [58]). Dieser Erwerb vollzieht sich aber ohne daß seine Vollendung auf die Zeit der Separation zurückdatirt wird, weil die Resolutivbedingung keine rückwirkende Kraft hat [59]): von der Separation bis zur

---

55) Die Schlußworte magisque etc. sind offenbar nicht correct; nach Mommsen's Ansicht müssen sie gestrichen, oder es muß gelesen werden: magisque sequi quod in pendenti est dominium.

56) Vgl. l. 2 pr. § 1 D. de in diem add. (18. 2), l. 2 § 4 D. pro empt. (41. 4).

57) Vgl. l. 3 D. de contr. empt. (18. 1), l. 1 pr. i. f. D. de donat. (39. 5).

58) l. 41 pr. D. de R. U. (6, 1), l. 8 D. de lege comm. (18. 3), c. 1. 3. 4 C. de pact. int. empt. et uend. (4. 54).

59) Vgl. meine cit. Abhandl. S. 53; eine flüchtige Anzeige derselben im Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 281 schreibt mir irrthümlich die entgegengesetzte Ansicht zu. — Neuerdings hat Ihering auch die rückwirkende Kraft der Suspensivbedingung wieder in Abrede gestellt in seiner in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 10 S. 387 ff. gleichzeitig mit meiner Schrift erschienenen Abhandlung über die passiven Wirkungen der Rechte, die sich vielfach auf den nämlichen Gebieten bewegt. Die von ihm aufgestellte Theorie der bedingten Rechtsverhältnisse weicht von der meinigen namentlich in folgenden Punkten ab:

1) Hinsichtlich des Entwickelungsprocesses, der sich bei ihnen

Perception ist nicht das gegenwärtige, sondern das künftige

---

vollzieht, vgl. a. a. O. S. 402. 463. 473. 537. Jhering nimmt an: aus jedem bedingten Rechtsverhältniß entstehe bei seiner Begründung zunächst nur die passive Seite des beabsichtigten Rechts d.i. der Zustand der Gebundenheit, in den die Sache oder die Person durch das Recht in seinem normalen Bestande versetzt werde, die active Seite d. i. dieses Recht selbst komme erst mit der Erfüllung der Bedingung zur Existenz; jene vorgängige Gebundenheit habe den Zweck, die nachfolgende Entstehung des Rechts gegen Vereitelung und Beeinträchtigung sicher zu stellen. Bei einer Vertragsobligation sub conditione suspensiua soll daher die Gebundenheit des Schuldners der Forderung des Gläubigers, und bei der Tradition unter einer Resolutivbedingnng die Gebundenheit der Sache zu Gunsten des Rückerwerbers seinem dinglichen Recht vorausgehen. Nach meiner Ansicht existiren dagegen bei bedingten Rechtsverhältnissen aus vertragsmäßigen und aus letztwilligen Dispositionen beide Seiten des Rechts als in der Bildung begriffene neben einander. Der bedingte Erwerber erhält auch sofort ein Recht, das sich mit dem Eintritt der conditio zu einer Forderung oder zum Eigenthum u. s. w. entwickelt; hängt seine Vollendung von mehreren Bedingungen ab, die sich successive erfüllen müssen, so macht es verschiedene Entwickelungsstadien durch und kann während jedes Stadiums seine besondere juristische Natur haben. Dies ist von mir an dem pure und sub conditione hinterlassenen Forderungsvermächtniß nachgewiesen. Es giebt allerdings Verpflichtungen, die für den Schuldner vor irgend welchem Recht des Gläubigers beginnen, aber durch Vertrag und letztwillige Verfügungen können sie nicht begründet werden, sondern nur durch ein einseitiges Versprechen, und nur mit der Wirkung, daß sie widerruflich sind, bis für den Gläubiger ein Recht entstanden ist; inzwischen besteht deshalb trotz der begonnenen Verpflichtung keine Gebundenheit des Schuldners. So verhält es sich bei Offerten an Abwesende, bis sie ihren Bestimmungsort erreicht haben, und bei Offerten an incertae personae bis der Oblat eine certa persona geworden ist, insbesondere bei der praepositio eines institor, bei der Auslobung und bei der Versteigerung; vgl. meine Abhandl. S. 28. 42. 58. 221—227;

2) hinsichtlich des Begriffs der Suspensivbedingung und der Bedeutung ihrer rückwirkenden Kraft, vgl. a. a. O. S. 534 ff. Jhering macht zwischen dem dies incertus und der Suspensivbedingung keinen Unterschied. Er hat z. B. bei der bedingten Tradition nur den Fall des dies incertus im Auge, wo der Accipient das

Eigenthum des Usufructuars in pendenti. Der Dominus

Eigenthum erwerben soll, wenn und von da ab, wo eine künftige ungewisse Thatsache eintritt; er übersieht den Fall der reinen conditio, wo der Accipient durch den Eintritt dieser Thatsache schon vom Moment der Tradition das Eigenthum erhalten soll, und deshalb dieser Intention gemäß die Vollendung seines Erwerbes auf jenen Moment zurückdatirt werden muß. Er verwirft die rückwirkende Kraft, weil die Sicherheit gegen nachtheilige Verfügungen des Tradenten, welche durch sie erzielt werden solle, schon durch die Gebundenheit der Sache vermittelt werde. Darauf ist aber ihr Zweck nicht beschränkt. Sie soll auch die dinglichen Dispositionen, welche der Accipient pendente conditione über die tradirte Sache getroffen hat, rückwärts zu definitiver Geltung bringen, und auf ihn die veräußerten commoda, wie die incommoda des Eigenthums von dem Zeitpunkt der Tradition übertragen. Gleichwohl wird durch die Rückziehung nicht schlechthin das Verhältniß der Zwischenzeit umgekehrt. Sie wirkt stets nur auf die Rechte, welche den Gegenstand der Veräußerung bilden. Die Klagen, welche vor erfüllter Bedingung durch Verletzung des Eigenthums entstehen, hat der Tradent nicht veräußert: deshalb kann auf ihre Anstellung die erfüllte Bedingung nicht zurückwirken. Ein perfectes Rechtsverhältniß wird durch die Rückziehung niemals aufgehoben, und ebensowenig wird durch sie ein Rechtsverhältniß zur Existenz gebracht, welches, wie z. B. die Klagverjährung, pendente conditione nicht beginnen kann. Dem Accipienten stehen daher die Klagen nur dann zu, wenn er das Eigenthum als ein verletztes erwirbt, weil der Tradent die Klagen nicht angestellt hat. Sollen auch die Klagen in pendenti sein, so muß die Acquisition des Eigenthums in anderer Weise erfolgen, z. B. in der Art, wie es beim pure hinterlassenen Eigenthumsvermächtniß geschieht, wo der Erbe und der Legatar zugleich sub conditionibus contrariis die legirte Sache erwerben und in Folge dessen während der Pendenz überhaupt kein Dominus für dieselbe existirt, vgl. meine Abhandl. S. 33. 76. 42—48;

3) hinsichtlich der Wirkung der suspensiv bedingten Tradition nach röm. Recht, vgl. a. a. O. S. 527 ff. Ihering ist der Meinung, die römischen Juristen seien nicht über eine obligatorische Gebundenheit des Tradenten hinausgekommen, die heutige Gebundenheit der Sache sei das Werk der modernen Jurisprudenz. Das Gegentheil ergiebt sich m. E. aus l. 8 D. de R. C. (12. 1) und l. 2 § 5 D. de donat. (39. 5). Die l. 9 § 1 D de J. D. (23. 3), auf die sich Ihering stützt, handelt, wie schon oben (Note 48 a. E. sub 3)

bleibt deshalb auch nach der Perception des Usufructuars für

---

erwähnt ist, von einem Fall, wo nicht das Eigenthum, sondern das Geschäft der Eigenthumsübertragung in pendenti ist, vgl. meine Abhandl. S. 109.

Zwei andern Schriftstellern hat meine Darstellung Anlaß gegeben, die successive Entstehung bei den bedingten und betagten Rechtsverhältnissen in Abrede zu stellen: Wendt, Die Lehre von den bedingten Rechtsgeschäften S. 122 ff. und Sohm, Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 17 S. 374. Wendt argumentirt in folgender Weise: Nichts, was erst entsteht, existirt schon. Die successive entstehenden Rechtsverhältnisse sind daher noch nicht Rechtsverhältnisse. Deshalb muß aus dem bedingten Rechtsgeschäft, da es sofort unmittelbare Wirkungen hat, auch sofort ein fertiges Rechtsverhältniß hervorgehen. Die Erfüllung der Bedingung schafft dann ein neues, ein anderes Rechtsverhältniß; dies entwickelt sich zwar aus dem bisherigen, demungeachtet ist aber das bisherige und das neue Rechtsverhältniß jedes für sich vollendet und abgeschlossen. Das Recht, welches pendente conditione vorhanden ist, ist wohl ein unvollkommenes d. h. von einem vollkommenen durch seinen intensiven Inhalt und sonstige Eigenschaften verschiedenes Recht, doch immer ein fertiges, nicht mehr in der Entwicklung begriffenes Recht.

Diese Ausführung übersieht, daß die Unvollkommenheit des Rechtsverhältnisses pendente conditione darin ihren Grund hat, daß das in Aussicht genommene Rechtsverhältniß nicht fertig ist, und daß sich mit dem Eintritt der Bedingung aus dem unvollkommenen Rechtsverhältniß das beabsichtigte vollkommene entwickelt, weil es jetzt fertig wird. Deshalb vollzieht sich der Entwicklungsproceß nicht so, daß durch die Erfüllung der Bedingung das unvollkommene Rechtsverhältniß untergeht, um dem vollkommenen als einem neuen Platz zu machen, sondern durch successive Entstehung d. h. so, daß das bestehende Rechtsverhältniß aus einem imperfecten ein perfectes wird. Aus dem sub conditioue geschlossenen Kaufvertrag entstehen sofort die beiden Kaufobligationen, von den Römern durch emptio uenditio bezeichnet, als nondum perfectae, und durch die Existenz der Bedingung wird diese emptio und diese uenditio perfect: l. 43 § 9 D. de aed. ed. (21. 1)... ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio; l. 7 pr. D. de contr. empt. (18. 1)... conditionales uenditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio; l. 10 § 5 D. de iure dot. (23. 3)... cum sit conditionalis uendi-

die Zwischenzeit Eigenthümer der Früchte [60]). Die von ihm an denselben bestellten iura in re werden mit der Perception des Usufructuars nicht ab initio ungültig, sondern endigen zugleich mit seinem Eigenthum [61]); und die übrigen Wirkungen seines Eigenthums werden nur, wie bei der Redhibition auf Grund des ädilitischen Edicts, durch einen obligatorischen Anspruch rückgängig [62]), nach welchem er dem Usufructuar die pendente conditione gezogenen Früchte zu restituiren und alle wegen derselben noch nicht angestellten Klagen zu cediren hat [63]).

Das Vorbild für diese Theorie bildete die Ansicht der Sabinianer über die Wirkungen des unbedingten Vindicationslegats [64]). Wie nach ihr der Legatar mit dem Erbschaftsan-

---

tio, pendente autem conditione mors contingens extinguat conditionem, consequens est dicere mulieri periisse, quia nondum erat impleta conditio. Hiernach entspricht es dem römischen Recht, eine bedingte Forderung als eine obligatio imperfecta zu bezeichnen, die noch in der Entwicklung begriffen ist.

Sohm, der auf die citirten Stellen keine Rücksicht nimmt und im Widerspruch mit l. 8 pr. D. de contr. empt. (18. 1) unter emptio venditio den Kaufcontrakt versteht, bestreitet die successive Entstehung, weil es nach ihr nicht blos ein Forderungsrecht, ein Eigenthumsrecht u. s. w. geben würde, sondern eine unendliche Menge von ihrem Wesen nach verschieden gearteten Forderungsrechten u. s. w., ein bereits ein Viertel, ein bereits ein Halb, ein bereits drei Viertel entwickeltes Forderungsrecht u. s. w. Solche verschieden geartete Rechte giebt es in der That. Es ist oben schon erwähnt, daß die Vermächtnißobligation mehrere Entwicklungsstadien durchläuft, und in jedem Stadium diejenige rechtliche Natur hat, welche dem Maße ihrer Entwicklung entspricht; mit der Elle läßt sich dieses Maß aber nicht bestimmen.

60) Vgl. l. 4 § 3 D. de in diem add. (18. 2).

61) Vgl. l. 3 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 31 D. de pign. (20. 1).

62) Vgl. l. 6 § 1 D. de div. temp. praescr. (44. 3).

63) l. 6 pr. D. de in diem add. (18. 2), l, 4 § 4 D. eod.

64) Gaius II. 195.

tritt die vermachte Sache pure ohne sein Wissen und Wollen unter der Resolutivbedingung der Repudiation erwerben und eventuell zu Gunsten des Erben wieder verlieren sollte, als ob sie ihm nicht hinterlassen wäre, ebenso sollte beim Usufructus zunächst der Dominus die separirten Früchte erhalten, durch die Perception des Usufructuars aber sein Eigenthumserwerb mit allen bisherigen Wirkungen wieder aufgehoben werden.

Dies Verhältniß steht mit dem Recht des Usufructuars in Widerspruch. Es giebt dem Dominus bis zur Perception statt der nuda die plena proprietas und wandelt in Folge dessen den dinglichen Anspruch des Usufructuars zum Theil in einen obligatorischen um. Während er kraft seines ius in re, wie die Früchte, auch die fructus fructuum und die Eigenthumsklagen wegen Beschädigung oder Entziehung der Früchte ohne Mitwirkung des Dominus erwerben muß, stellte ihn Julian hinsichtlich dieser Accessionen einem Pächter gleich; er gab ihm nur eine Forderung auf Tradition und Cession.

Marcellus wollte das Rechtsverhältniß des Usufructuars nicht nach Analogie des unbedingten, sondern des bedingten Vindicationslegats bestimmt wissen. Ob er demungeachtet in den Resultaten mit Julian vollständig übereinstimmte und dessen Ansicht nur auf andere Weise zu begründen beabsichtigte, oder ob seine Theorie zu abweichenden Consequenzen führte, läßt sich mit Sicherheit aus der citirten Stelle nicht entnehmen.

Mit dem bedingten Vindicationslegat können sich nach der verschiedenen Intention des Erblassers verschiedene Wirkungen verbinden[65]). Die Intention kann dahin gerichtet sein, daß das Eigenthum der legirten Sache vom Erbschaftsantritt

65) Vgl. meine Abhandl. S. 75 ff.

bis zur Existenz der Bedingung an den Erben, und erst von da ab an den Legatar kommen soll. In diesem Fall muß die conditio, um die Rückziehung auszuschließen, für den Erwerb des Legatars ein dies incertus, und für den Erwerb des Erben eine Resolutivbedingung werden [66]), ihre Erfüllung daher folgende Wirkung haben: die vom Erben bestellten iura in re erlöschen nicht rückwärts seit dem Erbschaftsantritt, sondern erst von dem Zeitpunkt, wo die Agnition des Legatars erfolgt ist [67]), und die vom Erben gezogenen Früchte fallen wie die durch Verletzung seines Eigenthums erworbenen Klagen dem Legator nicht ipso iure zu, sondern werden ihm nur geschuldet, weil der Erbe für die Zwischenzeit (interim) Eigenthümer der legirten Sache bleibt [68]). Daß diese Wirkungen in der Absicht des Erblassers liegen, muß, wie die Sabinianer mit Recht annahmen [69]), im Zweifel präsumirt werden: da durch seinen Willen die Bedingung dem Vermächtniß hinzugefügt ist, so erleidet der Erwerb des Vermächtnisses durch seinen Willen eine Verzögerung, wenn sich die Bedingung beim Erbschaftsantritt noch nicht erfüllt hat [70]). Die Intention des Erblassers kann aber auch eine

---

66) l. 29 § 1 D. qui et a quib. manum. (40. 9).

67) l. 11 § 1 D. quemadm. seru. amitt. (8. 6), l. 105 D. de condit. (35. 1), l. 13 § 1 D. de pignor. (20. 1).

68) l. 16 D. quib. mod. usufr. (7. 4)... medioque tempore sit penes heredem. l. 1 § 4 D. de SC. Silan. (29. 5)... nam medio tempore heredis sunt, nec quod conditio existens efficit, ut desinant heredis esse, facit ne uideantur interim eius. l. 82 pr. D. de legat. (30)... existente conditione discessurum sit a me dominium.

69) Gaius II 200.

70) Aus diesem Grunde wurde auch beim statuliber die conditio als dies incertus behandelt: l. 26 § 5 D. de fideic. libert. (40. 5) ... quia horum alia conditio est: non enim moram fortuitam, sed ex uoluntate testantis passi sunt. l. 26 § 4 D. eod. l. 9

andere sein. Sie kann auch dahin gehen: der Legatar soll die vermachte Sache, wenn er sie erwirbt, schon ex die aditae hereditatis erwerben, und demgemäß der Erbe pendente conditione nur provisorisch (interim in diesem Sinne) Eigenthümer gewesen sein. In diesem Fall ist die conditio eine reine Bedingung, die sich mit rückwirkender Kraft erfüllt: die vom Erben bestellten iura in re werden ab initio ungültig, die von ihm gezogenen Früchte stehen im Eigenthum des Legatars, und die von ihm noch nicht angestellten Klagen gehen ipso iure auf diesen über[71]).

Von diesen beiden Fällen konnte Marcellus den einen wie den andern vor Augen haben, wenn er, wie Ulpian berichtet, von der Erwägung ausging: der Usufructuar werde nur unter der Bedingung der Perception Eigenthümer der Früchte und, falls sich diese Bedingung erfülle, nur aus dem Grunde, weil sie inzwischen dem Dominus gehörten. Dachte

---

pr. D. de statul. (40. 7). Bis zum Eintritt der Bedingung steht der statuliber im Eigenthum des Erben, aber es ist bereits der Verlust dieses Eigenthums in pendenti, weil für den Sklaven das Recht der Persönlichkeit in pendenti ist, d. h. weil der Erwerb dieses Rechts für ihn bereits begonnen hat in Gestalt einer rechtlich geschützten Hoffnung [statuliber spem suam retinebit, l. 8 § 1 D. de quaest. (48. 18), l. 2 pr. D. de statul. (40. 7)], die an ihm als eine causa immutabilis haftet, l. 9 § 1. 3 D. de statul. (40. 7); die Vollendung seines Erwerbs vollendet für den Erben den Verlust des Eigenthums. An diesem begonnenen Rechtserwerb für den Sklaven hat die römische Jurisprudenz keinen Anstoß genommen, weil quod pendet, non est pro eo, quasi sit, l. 169 § 1 D. de R. J. (50. 17); in meiner Abhandlung Note 106 ist dieser Satz nicht beachtet und in Folge dessen das Rechtsverhältniß des statuliber falsch construirt. Ihering a. a. O. S. 396. 498 ff. nimmt auch hier nur eine passive Gebundenheit für das Eigenthum des Erben an, aus der erst mit dem Eintritt der Bedingung ein Recht für den Sklaven hervorgeht; ebenso beim bedingten Vindicationslegat.

71) c. 3 § 2 C. comm. de legat. (6. 43); vgl. meine Abhandl. S. 77 ff.

er an den ersten Fall, so hatte seine Theorie mit der Julian's gleiche Wirkungen: für den Erwerb des Usufructuars war dann die Perception ein dies incertus, für den Erwerb des Dominus eine Resolutivbedingung. Der Dominus mußte also bei der Separation die Früchte pure erwerben, und der Usufructuar gleichzeitig, um diesen Erwerb wieder aufzulösen, zwei durch die Perception bedingte Rechte erhalten, ein dingliches, welches mit erfüllter Bedingung das Eigenthum an den Früchten in seiner Beschaffenheit zur Zeit der Separation vom Dominus an den Usufructuar bringt, und ein obligatorisches, vermöge dessen er die Tradition der fructus fructuum und die Cession der noch nicht angestellten Klagen vom Dominus fordern kann. Dachte er dagegen an den zweiten Fall, so sollte von der Separation bis zur Perception der Früchte nicht das künftige, sondern das gegenwärtige Eigenthum des Usufructuars in pendenti sein, und demnach für beide Theile dasselbe Verhältniß eintreten, wie bei einer bedingten Tradition: der Dominus sollte mit der Separation das Eigenthum an den Früchten erwerben, gleichzeitig von ihm aber der Usufructuar unter der Suspensivbedingung der Perception. Während der Pendenz hat der Dominus auch hier alle Rechte, welche sich aus dem Eigenthum ergeben: er kann iura in re an den Früchten bestellen, er kann alle Klagen anstellen, welche durch Verletzung seines Eigenthums entstehen, und die von den Früchten gezogenen Früchte werden von ihm erworben. Erfüllt sich aber die Bedingung, so ist sein Eigenthum nur ein provisorisches gewesen, weil das bisher unvollendete und ungewisse Eigenthum des Usufructuars rückwärts perfect und gewiß geworden ist. Daher werden jetzt alle seine dinglichen Dispositionen ab initio wirkungslos, die fructus fructuum gehören ab initio dem Usufructuar, und die noch nicht angestellten oder noch anhängigen Klagen stehen demselben ipso

iure zu. Eine bereits vom Dominus durchgeführte Klage wird aber von der Rückziehung nicht berührt; was er mit ihr erhalten hat, kann für den Usufructuar nur Gegenstand einer Forderung werden.

Durch die letzte Consequenz erlitt die dingliche Natnr des Usus fructus auch nach der zweiten Theorie immer noch eine Beeinträchtigung. Diese ließ sich nur beseitigen, wenn selbst der provisorische Erwerb der Früchte für den Dominus ausgeschlossen wurde. Dazu war eine analoge Construction erforderlich wie beim unbedingten Vindicationslegat nach der recipirten Theorie der Proculianer[72]). Nach ihr wird die legirte Sache mit dem Erbschaftsantritt zugleich vom Erben und vom Legatar sub conditione erworben: dieser erwirbt sie unter der conditio iuris, daß er das Vermächtniß agnoscirt, jener sub conditione contraria, also unter der Bedingung der Repudiation. Pendente conditione gehört sie daher noch keinem von beiden: interim nullius est[73]). Jeder hat nur ein in der Bildung begriffenes Eigenthum, welches mit dem Eintritt der Bedingung durch Rückziehung ex die aditae hereditatis perfect wird[74]) Deshalb ist inzwischen auch der Erwerb der Früchte und der Klagen, welche durch eine Eigenthumsverletzung begründet werden, in pendenti; wie der Erwerb der legirten Sache vollendet er sich für den Legatar durch die Agnition, für den Erben durch die Repudiation mit rückwir-

---

72) Gaius II. 195.

73) Gaius II. 200.

74) l. 8 D. de R. C. (12. 1) . . . si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis uidentur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit; ... et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.

kender Kraft[75]). In derselben Weise muß beim Usufructus, wenn er die Wirknngen eines dinglichen Rechts haben soll, das Eigenthum an den separirten Früchten und folgeweise der Erwerb der Eigenthumsklagen und der fructus fructuum zugleich für den Usufructuar und für den Dominus in pendenti sein: jener muß die Früchte unter der conditio iuris der Perception, dieser sub conditione contraria erwerben, und das damit für beide begonnene Eigenthum je nach dem Ausfall der Bedingung rückwärts vom Moment der Separation für den Einen perfect, für den Andern aufgehoben werden. Für diese Ansicht, nach welcher der Erwerb für beide Theile ein originärer ist, erklärte sich deshalb mit Recht Ulpian unter dem Hinweis, daß in zwei ganz analogen Fällen schon

75) l. 86 § 2 D. de legat. (30). Cum seruus legatur, et ipsius serui status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est: nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse uidebitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem seruus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei uel donata fuerunt, statuetur, ut uel heredis uel legatarii seruus singula gessisse existimetur. l. 44 § 1 D. eod... ubi legatarius non repudiauit, retro ipsius fuisse uidetur, ex quo hereditas adita est, si uero repudiauerit, retro uidetur res repudiata fuisse heredis. Diese Stellen widerlegen die Ansicht Ihering's a. a. O. S. 476 ff., es sei die Theorie der Proculianer wie der Sabinianer eine bloße Schulmeinung ohne praktische Realität gewesen; auch beim unbedingten Vermächtniß müsse das Eigenthum der legirten Sache bis zur Agnition des Legatars an den Erben kommen, weil er sonst in der Zwischenzeit keinen petitorischen Schutz habe. Diesen Schutz soll der Erbe nach dem Willen des Erblassers nur haben, wenn der Legatar repudiirt. Aber ein Nachtheil soll ihm daraus nicht erwachsen; deshalb muß sich der Legatar binnen einer arbiträren Frist über die Annahme des Vermächtnisses entscheiden, l. 13 D. de solut. (46. 3); eventuell kann der Erbe auf Grund der bonorum possessio gegen Caution auch aus Erbschaftsrechten klagen, die er nur sub conditione erworben hat.

Julian eine solche Pendenz des Eigenthums habe eintreten lassen: bei der Tradition an einen seruus fructuarius, bis fest stand, aus wessen Vermögen er den Preis für die tradirte Sache zahlen werde, und bei den Jungen von einer im Nießbrauch stehenden Heerde, bis die bei ihrer Geburt vorhandene Lücke in der Heerde durch sie ausgefüllt war[76]). Von dem ersten Fall ist in folgenden Stellen näher die Rede:

l. 25 § 1 D. de usufr. (7. 1) Ulp. l. 18 ad Sab.

Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius seruus: ut puta si seruum emit et per traditionem accepit necdum pretium numerauit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. Et Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse.

l. 43 § 2 D. de A. R. D. (41. 1) Gaius l. 7 ad ed. prou.

---

76) Es war von jeher bestritten, mit welchen Worten die Meinungsäußerung Ulpian's in der l. 12 § 5 cit. beginnt, ob er durch den Satz: uerum est enim condictionem competere proprietario die Ansicht des Marcellus adoptirt, oder ob diese Worte, wie hier angenommen ist, noch zu dem Citat aus Marcellus gehören, und Ulpian sich in dem folgenden Satz für die Pendenz der condictio furtiua erklärt; vgl. darüber Göppert a. a. O. S. 304 ff., der selbst, wie Fitting, Die Rückziehung S. 24 ff., annimmt, Ulpian stimme dem Marcellus bei und stelle nur, um den Unterschied zu zeigen, die gleiche Frage nach der condictio furtiua in solchen Fällen daneben, wo wirklich das dominium in pendenti sei. Diese Interpretation schließt der Nachweis aus, daß die dingliche Natur des Ususfructus die Pendenz in allen Fällen fordert. Wenn dies feststeht, so läßt der Schluß der Stelle überhaupt keine mehrfache Deutung zu; er spricht jenes Princip mit dem Bemerken aus, daß die Pendenz in einzelnen Fällen schon von Julian anerkannt sei.

.... in pendenti est, cui proprietatem adquisierit: et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, soluerit, intellegitur fructuarii homo fuisse: cum uero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, soluerit, proprietarii ex postfacto fuisse uidetur.

l. 43 § 10 D. de aed. ed. (21. 1) Paul. l. 1 ad ed. aed.

Interdum etiamsi pura sit uenditio, propter iuris conditionem in suspenso est, ueluti si seruus, in quo alterius usus fructus, alterius proprietas est, aliquid emerit: nam dum incertum est, ex cuius re pretium soluat, pendet, cui sit adquisitum, et ideo neutri eorum redhibitoria competit.

Für Sclaven, welche im Nießbrauch standen, galt der Grundsatz: Erwerbungen, welche sie ex re fructuarii uel ex operis suis machen, fallen an den Usufructuarius kraft seines ius in re, Erwerbungen dagegen, für welche sie die Gegenleistung aus dem Vermögen des Dominus entnehmen, kommen an diesen kraft seines Eigenthums[77]). Hiernach mußte eine dem seruus fructuarius verkaufte und tradirte Sache bis zur Zahlung des Preises zugleich vom Usufructuar und vom Dominus sub conditione erworben werden, und deshalb für beide auch der Erwerb der Früchte in pendenti sein und ebenso der Erwerb der Klagen wegen Verletzung des Eigenthums wie wegen Mängel der Sache ex aed. edicto: der Usufructuar mußte das Eigenthum unter der conditio iuris, daß die Zahlung aus seinem Peculium erfolgen werde, der Dominus sub contraria conditione erhalten, und je nachdem

77) Gaius III. 164. 165, l. 10 § 3 D. de A. R. D. (41, 1), l. 3. 4 D. de oper. seru. (7. 7). Ueber unentgeldliche Erwerbungen vgl. Gaius II. 91. l. 21 D. de usufr. (7. 1).

sich diese oder jene Bedingung erfüllte das eine der begonnenen Eigenthumsrechte rückwärts vom Moment der Tradition perfect werden, das andere als ein in der Bildung begriffenes untergehen. Denn ließ man die Sache zunächst an den Dominus kommen unter der Resolutivbedingung, daß der Preis mit dem Gelde des Usufructuars bezahlt werde, so konnte dieser auf die Früchte und Klagen, welche der Dominus pendente conditione erworben hatte, nur einen obligatorischen Anspruch haben; sie konnten nicht ipso iure an ihn gelangen, wie es sein dingliches Recht fordert. Und ebenso würde man dem Dominus zu nahe getreten sein, wenn man unter der Resolutivbedingung, daß mit seinem Gelde die Zahlung geschehe, zunächst auf den Usufructuar das Eigenthum hätte übergehen lassen; dann hätte der Dominus auf die Früchte und Klagen, welche ihm direct zufallen mußten, nur eine Forderung gehabt.

Die Erwägung, daß auf die Ansprüche beider Theile gleichmäßig Rücksicht zu nehmen sei, war auch für die Construction des Verhältnisses beim ususfructus gregis maßgebend.

Da der Usufructuar das ius utendi fruendi nur salua rei substantia hat, so ist er beim Nießbrauch einer Heerde verpflichtet, die abgängigen Thiere aus dem Nachwuchs zu ersetzen[78]). Für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit würde eine bloße Forderung dem Dominus nicht die erforderliche Garantie geben; er bedarf zum Schutz seines Eigenthums neben ihr eines dinglichen Rechts an den Jungen der Heerde. Auf Grund desselben muß er die zur Ergänzung freiwillig oder nach angestellter Klage ausgewählten Jungen frei von allen dinglichen Rechten erwerben, welche der Usufructuar vor der

78) § 38 J. de R. D. (2. 1), l. 68 § 2 D. de usufr. (7. 1).

Auswahl an ihnen eingeräumt hat, damit die factische Ergänzung auch mit der beabsichtigten rechtlichen Wirkung eintritt [79]). Ohne dieses Recht würde die vor der Ergänzung erfolgte Veräußerung der Jungen auch nach derselben gültig bleiben, und ein vor derselben bestelltes Pfandrecht, wie ein vor derselben bestellter Nießbrauch auch nach derselben fortbauern. Es wäre also dem Usufructuar einerseits die rechtliche Möglichkeit gegeben, dem Dominus successive sein Eigenthum zu entziehen und ihn nach dem Abgange der ursprünglichen Heerdenthiere auf eine Forderung aus der cautio usufructuaria zu beschränken, andererseits könnte er den Usufructus successive auf andere Personen transferiren. Die römischen Juristen mußten daher für den Dominus eine dingliche Berechtigung construiren, der gegenüber die Dispositionen des Usufructuars nur gültig sind, sofern er die zum Ersatz erforderlichen Jungen reservirt hat. Sie argumentirten zu diesem Zweck in folgender Weise:

Ist zur Zeit, wo die Jungen geboren werden, keine Lücke in der Heerde, so fordert das Recht des Usufructuars, daß sie durch die Separation in sein Eigenthum kommen, sofern er mit ihr den Besitz an ihnen erworben hat [80]); zugleich for-

79) l. 70 § 5 D. de usufr. (7. 1). Summittere autem facti est, et Julianus proprie dicit dispertire et diuidere et diuisionem quandam facere: quo (die Handschr. haben quod, vgl. Mommsen) dominium erit summissorum proprietarii.

80) Bei Thierjungen fordert der Besitzerwerb nur, daß sie mit der Separation in die Custodia des Usufructuars kommen: denn diese Früchte werden im Leben nicht wie andere, die man für sich gebrauchen will, eingesammelt. Das römische Recht hätte sich daher mit dem Leben in Widerspruch gesetzt, wenn es auch bei Thierjungen den Eigenthumserwerb des Usufructuars von einer wirklichen Besitzergreifung (perceptio) abhängig gemacht hätte; das ius naturale fordert, daß er hier unter der erwähnten Voraussetzung schon separatione eintritt: l. 28 pr. D. de usur. (22. 1)... Itaque agni et haedi et uituli statim pleno iure

dert aber das Recht des Dominus, daß sich der Erwerb des Usufructuars wieder auflöst, wenn später eine Ergänzung der Heerde nöthig wird, also daß er unter dieser Resolutivbedingung erfolgt, soweit die Jungen zur Ergänzung gebraucht werden. Besteht dagegen bei ihrer Geburt bereits eine Lücke in der Heerde, so kann ein perfecter Eigenthumserwerb für den Usufructuar nicht Statt finden: denn hier ist die Bedingung, unter welcher derselbe zu Gunsten des Dominus rückgängig werden muß, bis auf die Auswahl des Ersatzes schon eingetreten, und die verzögerte Auswahl darf den Zeitpunkt, von welchem der Dominus Eigenthümer der ausgewählten Stücke wird, nicht hinausschieben. Deshalb müssen die Jungen bei der Separation zugleich vom Dominus und vom Usufructuar sub conditione suspensiua erworben werden: vom Dominus unter der Bedingung, daß demnächst ihre Auswahl zum Ersatz erfolgt, vom Usufructuar sub conditione contraria[81]). Dann

sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. § 37 J. de R. D. (2. 1) ... agni et haedi et uituli et equuli statim naturali iure dominii sunt fructuarii. Vgl. Böcking Pand. § 151 S. 133. Manche Juristen halten auch diesen Stellen gegenüber die Behauptung aufrecht, der Usufructuar erwerbe an Thierjungen wie an andern Früchten das Eigenthum nur durch Perception, z. B. Windscheid Pand. § 186 Note 5 und Göppert a. a. O. S. 287; vgl. dagegen v. Wächter, Das schwebende Eigenthum S. 11 Note 3, der die Abweichung daraus erklärt, daß Thierjunge sich ordnungsmäßig ohne menschliche Thätigkeit von der fruchttragenden Sache trennen. Allein eine solche ordnungsmäßige Trennung findet auch bei Früchten Statt, die abfallen, weil sie reif sind; gleichwohl wird der Usufructuar hier erst durch Perception Eigenthümer, weil man solche Früchte einsammelt, wenn man sie haben will: l. 13 D. quib. mod. ususfr. (7. 4)... sed ut uerum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter obseruandum de ea olea, quae per se deciderit.

81) Eine andere Construction des Verhältnisses müßte eintreten, wenn der Usufructuar auch an Thierjungen erst durch Perception das Eigenthum erwürbe. Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 15 Note 4.

kommen, die ausgewählten rückwärts vom Moment ihrer Geburt definitiv in's Eigenthum des Dominus, und die übrigen erwirbt rückwärts der Usufructuar, aber unter derselben Resolutivbedingung, wie wenn die Heerde bei der Geburt der Jungen ihren vollen Bestand hat.

Ursprünglich wurde der letzte Fall von dem ersten nicht unterschieden. Erst Julian begründete für ihn die Pendenz sub conditionibus contrariis. Pomponius gab noch in beiden Fällen bis zur Summission das Eigenthum dem Usufructuar, und damit dem Dominus auf die inzwischen entstandenen Accessionen stets nur eine Forderung[82]):

l. 68 § 2 D. de usufr. (7. 1) Ulp. l. 17 ad Sab.

Plane si gregis uel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum

l. 69 D. eod. Pomp. l. 5 ad Sab.

uel inutilium alia summittere, ut pro substitutis fiant priora fructuarii[83]), ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse: nam alioquin quod

---

82) Bei der Interpretation der nachfolgenden Stellen ist von jeher übersehen, daß der Dominus zum Schutz seines Eigenthums an der Heerde als uniuersitas eines binglichen Rechts an den Jungen bedarf, und daß dieses dingliche Recht auch von Pomponius anerkannt wurde in Gestalt eines Eigenthumserwerbs sub conditione resolutiua. Die Praxis hat ebenfalls stets nur eine obligatorische Summissionspflicht des Usufructuars angenommen und den nach Julian's Ansicht recipirten Fall der Pendenz unbeachtet gelassen, vgl. Göppert a. a. O. S. 301 ff. u. v. Wächter a. a. O. S. 12 ff.

83) So ist nach dem Vorschlage Mommsen's zu lesen statt: ut post substituta fiant propria fructuarii.

nascitur fructuarii est et cum substituit, desinit eius esse.

l. 70 pr. D. eod. Ulp. l. 7 ad Sab.

Quid ergo si non faciat [nec suppleat][84]? teneri eum proprietario Gaius Cassius scribit libro decimo iuris civilis. § 1. Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cuius sit fetus quaeritur. Et Iulianus libro tricensimo quinto digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia uera est.... § 4. Item si forte eo tempore, quo fetus editi sunt, nihil fuit quod summitti deberet, nunc est post editionem: utrum ex his quae edentur summittere debebit, an ex his quae edita sunt, uidendum est. Puto autem uerius ea, quae pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere, sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario.

Paul. R. S. III. 7. 20: Gregis usufructu legato, grege integro manente, fetus ad usufructuarium pertinent, salvo eo, ut quicquid gregi deperierit ex fetibus impleatur.

Schwierigkeiten, wie sie sich beim Usufructus mit der Frage verbanden, welche Berechtigung dem Dominus bei der Separation der Früchte zukommen müsse, konnten sich bei der Emphyteusis überhaupt nicht erheben. Da sich die Nutzung nicht an die Person des Emphyteuta knüpft, so verstand es sich von selbst, daß er den Dominus von jeder Berechtigung ausschlie-

---

84) Die Worte nec suppleat sind als überflüssig zu streichen, vgl. Mommsen.

ßen und in percipiendis fructibus selbst das ius, quod dominis praediorum tributum est, haben mußte.

Hiernach sind die verschiedenen Voraussetzungen, unter welchen der Fruchterwerb für den Usufructuar und für den Emphiteuta erfolgt, nur Consequenzen, welche sich aus der verschiedenen Beschaffenheit ihres ius in re ergeben. Sie beruhen auf der ciuilis ratio [84a]).

Anders verhält es sich beim b. f. possessor. Für ihn läßt sich der Fruchterwerb durch juristische Consequenz nicht begründen, weil er kein Recht an der fruchttragenden Sache hat, aus welchen derselbe abgeleitet werden kann. Die römischen Juristen führen ihn deshalb auch nicht auf die ciuilis, sondern auf die naturalis ratio zurück. Nach ihr soll der b. f. possessor das ius, quod dominis tributum est, haben, und deshalb wie der Emphyteuta sofort bei der Separation die Früchte erwerben, aber nicht mit gleicher Wirkung: definitiv nur die fructus consumpti, die fructus exstantes blos provisorisch, damit der Dominus sie noch vindiciren kann:

l. 25 § 1 D. de usur. (22. 1) Iulian. l. 7 Dig. In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum seui: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? Respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debent propius ea accedere, quae serui operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo unquam dubitauit, quin, si in meo fundo frumentum tuum seuerim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. Porro bonae fidei possessor in per-

84 a) Ueber die bisherigen Versuche, den Separations- und den Perceptionserwerb zu begründen vgl. Göppert a. a. O. S. 314 ff.

cipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui uectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt[85]).

c. 22 C. de R. U. (3. 32).

Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei uero exstantes, post litis autem contestationem uniuersos.

§ 35 J. de R. D. (2. 1).

Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, uel ex donatione aliaue qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus superuenerit et fundum uindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

Nach der ersten Stelle fallen die Früchte an den b. f. possessor, gleichviel wie sich die Separation vollzieht, ob er sie selbst vornimmt und deshalb Besitzer wird, oder ob ihm ein Anderer in der Besitzergreifung zuvorkommt (quoquo modo a solo separati fuerint), und gleichviel durch wessen Arbeit und

85) l. 13 i. f. D. de usufr. (7. 4).

Kapital sie gewonnen sind (a quolibet sati). Damit werden zwei Punkte außer Zweifel gestellt: daß er nicht blos die b. f. possessio erwirbt, weil diese als ein factisches Verhältniß das corpus voraussetzt[86]), und daß die Bestreitung der Productionskosten aus seinem Vermögen der Grund seines Erwerbes nicht ist. Diese beiden Ergebnisse sind zugleich entscheidend für das Verständniß der citirten Institutionenstelle. Nach ihnen kann sie nur folgenden Sinn haben: naturali ratione erhält der b. f. possessor die Früchte, deren Werth er durch Verbrauch oder Veräußerung in sein Vermögen gezogen hat (fructus quos percepit), statt der Forderung auf Ersatz seiner Productionskosten (pro cultura et cura) [87]); deshalb (et ideo) hat der Dominus wegen der fructus consumpti keine Klage. Daß hier unter den fructus quos percepit nicht die apprehendirten, sondern die consumirten Früchte verstanden sind, ergiebt sich schon aus der Consequenz, welche im letzten Satz aus dem ersten gezogen wird[88]).

Um die Anforderung der naturalis ratio juristisch durchzuführen, mußte in der Person des b. f. possessor der Klagegrund für die condictio des Dominus beseitigt werden. Verbraucht oder veräußert er die Früchte als fremde Sachen, so ist dies juristisch unmöglich, weil er sich dann ex re domini ohne rechtlichen Grund bereichert: durch ihren Werth[89]),

86) l. 48 § 1 D. de A. R. D. (41. 1) . . . illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat.

87) Vgl. Böcking Pand. § 151 Note 31 und Leist, Natur des Eigenthums S. 160 ff.

88) Daß percipere auch sonst in diesem Sinne vorkommt, ist bekannt.

89) Vgl. l. 26 § 12, l. 29, l. 65 § 7 D. de cond. ind. (12. 6). Diese Stellen widerlegen die Ansicht Windscheid's, daß der Verbrauch der Früchte den redlichen Besitzer nie bereichere (s. oben Note 14); die Stellen, auf welche er sich stützt, sagen nur, daß der redliche

den er in seinem Vermögen erspart, oder durch den empfangenen Preis[90]). Er muß die Früchte als Eigenthümer consumiren, wenn die condictio ausgeschlossen werden soll. Die Consumtionsbefugniß als solche konnte man ihm nicht geben, weil sie kein selbständiges Recht ist; sie setzt als ihre Quelle das Eigenthum voraus[91]). Daher mußte ihm dieses Recht zugesprochen werden. Daß dies geschehen ist, bestätigt die l. 25 § 1 cit. und ebenso bestimmt die l. 28 pr. D. de usur. (22.1): fructus statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris. Nur über die naturalis ratio, welche diesen Eigenthumserwerb und seinen provisorischen Charakter bis zur Consumtion rechtfertigt, geben uns die Quellen keine nähere Auskunft. Sie enthalten aber genug, um dieselbe zu ermitteln.

Wenn die römischen Juristen das Recht des b. f. possessor nicht aus seinem juristischen, sondern aus seinem natürlichen Verhältniß zur fruchttragenden Sache folgerten, und es als eine Concession betrachteten, auf welche der malae fidei possessor keinen Anspruch habe, so mußten sie bei seiner Begründung den natürlichen Begriff des rechtmäßigen Besitzes zum Ausgangspunkt nehmen. Sie mußten aus dem iustus titulus und der bona fides — diesen beiden Voraussetzungen, von denen der § 35 cit. J. den Fruchterwerb abhängig macht — nachweisen, daß der b. f. possessor nach dem Gesetz der

---

Erbschaftsbesitzer für die verbrauchten und veräußerten Erbschaftssachen nicht haftet, wenn er zur Zeit der Klage nicht mehr bereichert ist, daß er aber als bereichert betrachtet werden muß, wenn diese Sachen auch ohne den Anfall der Erbschaft für seinen Unterhalt erforderlich gewesen wären, l. 23 pr., l. 25 § 1. 15. 16 D. de H. P. (5. 3).

90) Vgl. l. 23 D. de R. C. (12. 1), c. 1 C. de reb. alien. (4. 51), l. 49 D. de neg. gest. (3. 5).

91) Vergl. Puchta Pand. u. Vorl. § 29.

naturalis ratio[92]) von jeder Verbindlichkeit hinsichtlich der consumirten Früchte durch Gewährung des Eigenthums zu befreien sei. Dies konnte nur durch folgende Deduction geschehen:

Der Besitz einer Sache involvirt den Gebrauch der Sache. Der Gebrauch einer fruchttragenden Sache besteht in dem Verbrauch der Erzeugnisse, zu deren Hervorbringung sie bestimmt ist[93]). Wer den rechtmäßigen Besitz einer fruchttragenden Sache hat, macht demnach einen rechtmäßigen Gebrauch von ihr, wenn er die Früchte consumirt, gleichviel ob sie von ihm producirt sind oder nicht. Die Bereicherung, welche ihm dadurch zugeht, ist keine ungerechtfertigte: sie erfolgt weder sine causa noch non ex iusta causa[94]), wenn er den Besitz iusto titulo erworben hat, und ihm das Hinderniß des Eigenthumserwerbes in der Person seines Auctors nicht imputirt werden kann, weil er in bona fide ist[95]). Deshalb darf das Recht ihn nicht durch die Verpflichtung, den vielleicht seit Jahren gezogenen Gewinn wieder herauszugeben, der Gefahr aussetzen, sein ganzes Vermögen zu verlieren, um den Dominus vor einem Schaden zu bewahren, den die unterbliebene Verfolgung seines Rechts veranlaßt hat[96]). Er muß naturali ratione die Bereicherung behalten und, um dies juristisch zu ermöglichen, die separirten Früchte an Stelle des Dominus

---

92) l. 7 pr. D. de bon. damn. (48. 20)... naturalis ratio quasi lex quaedam tacita.

93) l. 115 D. de U. S. (50. 16)... possessio ergo usus, ager proprietas loci est. l. 21 § 2 D. quod met. causa (4. 2)... abest nuda possessio cum suis fructibus.

94) Vgl. l. 1 § 3 D. de cond. sine causa (12. 7), l. 25 D. de act. rer. am. (25. 2).

95) l. 136 D. de R. J. (50. 17). Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum ueritas, quoties lex impedimento non est.

96) Vgl. v. Keller, Vorl. § 143 a. E.

erwerben, damit er sie zu seinem Gebrauch vindiciren und ihre Consumption als Eigenthümer vornehmen kann; sonst läßt die ratio ciuilis nicht zu, daß dem Dominus die condictio gegen den b. f. possessor und die rei uindicatio gegen den nachfolgenden Besitzer der Früchte versagt wird. Auf der andern Seite dürfen aber die fructus exstantes dem Dominus nicht vorenthalten werden: das ökonomische Bedürfniß fordert, daß er durch die Vindication sein Grundstück, seine Heerde u. s. w. in dem vorhandenen wirthschaftlichen Stande zurück erhält, und aus dem natürlichen Begriff des rechtmäßigen Besitzes folgt nur, daß der Werth der consumirten Früchte dem Besitzer verbleiben muß.

Hiernach führt die naturalis ratio zu folgenden Resultaten:

Der b. f. possessor steht hinsichtlich des Fruchterwerbs nicht einem Dominus völlig gleich; er ist auf Grund des iustus titulus und der bona fides nur p a e n e domini loco. Die Früchte dürfen von ihm durch die Separation nur provisorisch (interim), und erst durch die Consumption definitiv erworben werden, damit das Eigenthum an den fructus exstantes auf den Dominus übergeht, sobald er sie in Anspruch nimmt. Ob dabei noch ein Abzug der Impensen statthaft ist, muß sich nach dem Werth der consumirten Früchte bestimmen. Deckt er den Betrag der Impensen nicht, so hat der Dominus noch den Rest der Kosten zu tragen, deckt oder übersteigt er ihn aber, so sind die Kosten der Production durch die Consumption bereits getilgt; daher müssen die Früchte statt der Kosten (pro cultura et cura) an den b. f. possessor kommen.

Diese Resultate finden in den Quellen ihre Bestätigung; damit wird auch die Deduction bestätigt, aus welcher sie sich ergeben:

l. 48 pr. D. de A. R. D. (41. 1) Paul. l. 7 ad Plaut.

Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius peruenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt.

l. 40 D. h. t. African. l. 7 Quaest.

... fructus praediorum consumptos suos facit bona fide possessor.

l. 48 D. de R. U. (6. 1) Papin. l. 7 Resp.

Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donauit neque a domino peti possunt, uerum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione seruantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur[97]).

Aus dem Nachweis, daß der Fruchterwerb des b. f. possessor bis zur Consumption zu Gunsten des Dominus ein provisorischer ist, folgt, daß gleichzeitig für diesen ein pendenter Erwerb der fructus exstantes beginnen muß. Nach der rechtlichen Beschaffenheit dieser Pendenz bestimmt sich die rechtliche Beschaffenheit des Eigenthumserwerbes, den der b. f. possessor macht.

---

97) l. 36 § 5 D. de H. P. (5. 3), l. 46 D. de usur. (22. 1).

II. Juristische Natur des Erwerbes.

Das römische Recht kennt für begonnene Rechtsverhältnisse nur zwei Arten der Pendenz:

1) Eine Pendenz, bei der die Perfection des begonnenen Rechtsverhältnisses ohne Rückziehung erfolgt, weil die künftige, nicht die gegenwärtige Existenz desselben eine bedingte sein soll. Sie tritt bei Erwerbungen unter einem dies incertus für den Erwerber, und bei Erwerbungen unter einer Resolutivbedingung für den Rückerwerber ein, weil der Rückerwerb ein Erwerb sub die incerta ist. In beiden Fällen hat sie dieselbe Wirkung, der dies mag durch Rechtsvorschrift oder durch Privatdisposition gesetzt sein: der Erwerber tritt nicht rückwärts an die Stelle des inzwischen Berechtigten, sondern er erhält sein Recht erst vom Eintritt des dies an. Es ist dies oben an dem bedingten Eigenthumsvermächtniß gezeigt. Hier wird die legirte Sache nach dem präsumtiven Willen des Erblassers vom Legatar sub die incerta, und deshalb vom Erben sub conditione resolutiua erworben[98]). Die vom Erben bestellten iura in re erlöschen demgemäß erst vom Moment, wo der Legatar agnoscirt, die vom Erben für das legirte Grundstück erworbenen Servituten gehen auf den Legatar über[99]), die Klagen des Erben wegen Verletzung des legirten Eigenthums kommen dem Legatar nur soweit zu, als sie zur Zeit der Agnition noch nicht vom Erben angestellt oder noch anhängig sind, und die Früchte der Zwischenzeit werden, wenn der Erbe sie nicht behalten soll, für den Legatar nur Gegenstand einer Forderung. In allen diesen Beziehungen steht

98) Vgl. S. 32.

99) l. 11 § 1 D. quemadm. seru. amitt. (8. 6); vgl. l. 6 § 5 D. de act. empt. (19. 1).

beim Kauf unter einer Resolutivbedingung der Käufer dem Erben, und der Verkäufer dem Legatar gleich [100]).

2) Eine Pendenz, bei der die Perfection des begonnenen Rechtsverhältnisses auf die Zeit seiner Begründung zurückgezogen wird, weil die gegenwärtige, nicht die künftige Existenz desselben eine bedingte sein soll. Sie verbindet sich mit jedem Erwerb unter einer reinen Suspensivbedingung, mit einer conditio iuris wie mit einer conditio facti. Die Gestalt, in welcher sie im römischen Recht auftritt, ist mannigfaltig, ihre Wirkungen sind aber überall dieselben: der Erwerber erhält sein Recht nicht erst vom Eintritt der conditio an, sondern rückwärts vom Moment des bedingten Erwerbes, damit ihm einerseits auch die Accessionen aus der Zwischenzeit ipso iure zufallen, soweit sie mit zum Gegenstande des Erwerbes gehören, und damit andererseits die Dispositionen, welche von ihm in dieser Zeit über seine pendenten Rechte getroffen werden können, ab initio perfecte Wirkung erhalten, die Verfügungen des inzwischen Berechtigten aber, wo ein solcher existirt, ihre Wirksamkeit ab initio verlieren, soweit sie den Erwerber in jenen Rechten beeinträchtigen würden. In diesen beiden Beziehungen ist der inzwischen Berechtigte nur provisorisch berechtigt: der Erwerber tritt mit der Erfüllung der Bedingung rückwärts an seine Stelle. Dagegen bleibt der inzwischen Berechtigte auch für die Vergangenheit der Berechtigte, soweit er Rechte acquirirt, die dem Erwerber zu Gute kommen, z. B. Servituten für das veräußerte Grundstück, oder

---

100) Vgl. l. 4 § 3 D. de in diem add. (18. 2), l. 3 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 31 D. de pignor. (20. 1) mit l. 16 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 1 § 4 D. de S. C. Silan. (29. 5), l. 11 § 1 D. quemadm. seru. am. (8. 6), l. 105 D. de condit. (35. 1), l. 13 § 1 D. de pignor. (20. 1), l. 82 pr. D. de legat. (30), l. 14 pr. D. de cond. furt. (13. 1).

Rechte, auf die der Erwerber nach Inhalt des Erwerbsgeschäfts keinen Anspruch hat, z. B. das Eigenthum an den nicht mitveräußerten Früchten. Es wird deshalb durch die Rückziehung niemals ein Rechtsverhältniß aufgehoben, welches pendente conditione schon perfect geworden ist, und niemals ein Rechtsverhältniß zur Existenz gebracht, welches in dieser Zeit nicht beginnen konnte, oder welches in dieser Zeit untergegangen ist. Die Rückziehung erstreckt sich allein auf die imperfecten Rechtsverhältnisse, die pendente conditione nur als bedingte anfangen konnten; sie werden rückwärts perfect oder rückwärts aufgehoben [101]). Dieser Grundsatz gilt für alle unter einer Suspensivbedingung begründeten Rechtsverhältnisse, wie verschieden sie auch gestaltet sein mögen. Es kommen im römischen Recht namentlich folgende Fälle vor, die dies bestätigen:

a) Ein Recht, welches Niemandem gehört, wird von zwei Personen zugleich sub contrariis conditionibus erworben [102]).

Diese Pendenz setzt inter uiuos einen originären, mortis causa einen directen Erwerb vom Erblasser voraus. Ihre Wirkung besteht darin, daß sie für beide Theile auch den Erwerb der pendente conditione entstehenden Accessionen, und die Dispositionen über diese zu pendenten macht, bis die Bedingung sich für den einen Theil mit rückwirkender Kraft erfüllt, für den andern deficirt, und dadurch für jenen alle bisher pendenten Rechtsverhältnisse rückwärts zur Vollendung kommen, für diesen aber rückwärts untergehen.

Ein originärer Erwerb unter Lebenden, mit dem sich diese

---

101) Vgl. meine Abhandl. S. 34.

102) Heute spricht man nur in diesem Fall von einem schwebenden Rechte, vgl. z. B. v. Vangerow, Pand. § 301, v. Wächter a. a. O. S. 5; in der That ist jedes bedingt erworbene Recht, weil in pendenti, in der Schwebe, nur nicht überall auf gleiche Weise.

Pendenz verknüpft, ist nach der früheren Ausführung der Fruchterwerb beim Nießbrauch, der mit der Separation zugleich für den Dominus und für den Usufructuar eintritt; und von den Erwerbungen auf den Todesfall gehört hierher das pure hinterlassene Eigenthumsvermächtniß nach der recipirten Theorie der Proculianer. Beim Usufructus entstehen durch die Separation an den Früchten drei Rechte: ein subjectloses Eigenthum, aus welchem neue Rechte als Accessionen hervorgehen können, und daneben für den Dominus und für den Usufructuar je ein dingliches Recht, in welchem dieses Eigenthum, weil es den Uebergang desselben vermitteln soll, als ein in der Bildung begriffenes enthalten ist, damit es für den Einen mit der Erfüllung der Bedingung rückwärts ex die separationis perfect wird, für den Andern untergeht, weil durch die Deficienz der Bedingung seine Vollendung unmöglich geworden ist. Ebenso verhält es sich beim Vermächtniß. Hier setzt das Eigenthum an der legirten Sache seine seit dem Tode des Erblassers subjectlose Existenz auch nach dem Antritt der Erbschaft fort, um durch eine gleiche dingliche Vermittelung demnächst auf den Legatar oder auf den Erben ex die aditae hereditatis überzugehen. Der Universalsuccession des Erben wird es einstweilen, und eventuell definitiv durch die Anordnung des Erblassers entzogen, ohne Widerspruch mit dem Wesen dieser Erwerbsart: denn das Charakteristische der Universalsuccession besteht nicht darin, daß der Successor die s. g. vermögensrechtliche Persönlichkeit seines Auctors in sich aufnimmt und demgemäß in alle zu dessen Vermögen gehörigen Rechte eintritt. Man kann so wenig in Personen wie in Sachen, sondern nur unmittelbar in Rechte und Schulden succediren [103]). Die Universalsuccession unterscheidet sich von der

103) Vgl. meine Schrift über die Erbschaft S. 98 ff.

Singularsuccession nur dadurch, daß sie sich auch auf die Schulden erstreckt, und daß bei ihr die Rechtsverhältnisse, in welche der Successor eintreten soll und kann, auf ihn nicht einzeln, sondern durch eine einzige juristische Thatsache alle auf einmal transferirt werden: per uniuersitatem hoc est omnia semel bona adquirimus hereditate, emptione bonorum, adoptione [104]).

b) Ein ganzes Vermögen, welches Niemandem gehört, wird von mehreren Personen in der Art unter verschiedenen Bedingungen erworben, daß ihre successive Berechtigung eine gleiche, die gleichzeitige aber eine verschiedene ist.

Diese Pendenz tritt bei der Erbfolge für die successive berufenen freiwilligen Erben ein. Der nächste Erbe erwirbt die Erbschaft unter der Bedingung, daß er sie haben will: denn die Delation der Erbschaft ist nichts Anderes als ihre Acquisition unter einer Potestativbedingung, d. i. als ein begonnnener Vermögenserwerb, den der Delat nach seiner Wahl durch die Erfüllung dieser Bedingung d. i. durch den Antritt vollenden, oder durch ihre Nichterfüllung d. i. durch die Repudiation aufheben kann. Die nachfolgenden Erben erwerben dagegen die Erbschaft unter zwei Bedingungen, die sich nach einander erfüllen müssen: unter der Bedingung, daß das Recht der vorgehenden Erben erlischt und, wenn sich diese erfüllt hat, unter der weiteren Bedingung, daß sie die Erbschaft haben wollen. Deshalb ist ihr Recht beim Tode des Erblassers noch nicht die proxima spes [105]), und um deswillen noch kein ius succedendi; es wird dies erst, wenn die dazu erforderliche Bedingung eingetreten ist. Rechtlos stehen aber auch sie der Erbschaft in-

---

104) Gaii epit. II. 2. pr.

105) l. 1 § 14 D. de insp. uentre (25. 4) Denuntiari autem oportet his, quos proxima spes successionis contingit.

zwischen nicht gegenüber[106]). Eine Substitution, aus welcher der Substitut nicht schon beim Tode des Erblassers ein Recht erwirbt, muß für immer wirkungslos bleiben: nec enim sicut uiuentium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est[107]); und eine Verwandtschaft, durch welche nicht schon beim Tode des Erblassers ein Anspruch auf die Intestaterbfolge entstanden ist, kann ihn überhaupt nicht begründen[108]). Es wird also der Erwerb der Erbschaft in ganz analoger Weiser vermittelt, wie der Erwerb des Vermächtnisses. Deshalb sind auch die Wirkungen, mit welchen dies geschieht, analoge. Bis zum Antritt sind die iura hereditaria subjektlose Rechte[109]), die als solche nur auf dem Wege der Accession[110]) und in Gemäßheit des Satzes: hereditas personam defuncti sustinet, non herēdis futuri[111]), neue Rechte ins Leben rufen können. Der Umstand daß sie bereits sub conditione erworben sind, hebt während der Pendenz ihre Herrenlosigkeit nicht auf: quod

106) l. 1 § 13 D. eod. Sed et si seruus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, ... huic quoque seruo ... quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio Praetoris esse concedenda ... cum sit in spe constitutus successionis.

107) l. 18 i. f. D. comm. praed. (8. 4), vgl. meine Abhandl. S. 16 u. S. 98 ff. Man kann also dem Substituten die Befugniß, von dem zuvor berufenen Erben eine Erklärung über den Antritt zu fordern, nicht aus dem Grunde absprechen, weil er noch gar kein Recht an der Erbschaft habe, wie es von Brinz, Pand. § 193 S. 815 und von Bruns im Jahrb. d. gem. deutsch. R. Bd. I. S. 120 geschieht.

108) l. 6 i. f. D. de suis et leg. hered. (38. 16).

109) l. 1 pr. D. de R. D. (1. 8) ... nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

110) l. 178 § 1 D. de U. S. (50. 16): Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3).

111) § 2 J. de hered. instit. (2. 14). l. 33 § 2, l. 34 D. de A. R. D. (41. 1).

pendet, non est pro eo quasi sit. Aber wenn sich die Bedingung erfüllt, so erfüllt sie sich hier wie überall mit rückwirkender Kraft: es wird die Vollendung des Erwerbes zurückgezogen auf die Todeszeit des Erblassers, wo er angefangen hat, weil jede Erbschaft ex tempore mortis defuncti hinterlassen wird, und deshalb von da ab nicht ihr künftiger, sondern ihr gegenwärtiger Erwerb in pendenti ist[112]). Diese Rückziehung hat auch hier nur den Zweck, Rechtsverhältnisse, die, als durch den Antritt irgendwie bedingte, während der hereditas iacens nur als imperfecte entstehen konnten, rückwärts zur Vollendung zu bringen[113]), oder wenn dies nicht möglich ist, rückwärts aufzuheben[114]). Es geht durch sie kein Rechtsverhältniß unter, welches nach dem Satze hereditas personam defuncti sustinet bereits perfect geworden ist[115]); hat die Erbschaft Rechte erworben, in die der Erbe nach seiner Rechtsfähigkeit nicht succediren kann, so fallen sie als erblose an den Fiscus. Und ebensowenig bringt die Rückziehung Rechtsverhältnisse zur Existenz, die während der hereditas iacens nicht

---

112) l. 54 D. de A. u. O. H. (29. 2): Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. l. 138 pr., l. 193 D. de R. J. (50. 17).

113) l. 61 D. de A. R. D. (41. 1) ... quamuis seruus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est.

114) l. 50 pr. D. de hered. inst. (28. 5) ... uitiatur institutio, uel si cum eo testamenti factio est, iussu eius adeundo adquiret ei hereditatem.

115) l. 21 § 1 D. de negot. gest. (3. 5): Qui negotia hereditaria gerit, quodamodo sibi hereditatem seque ei obligat; ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit. l. 37 D. eod.

beginnen konnten[116]), oder während derselben untergegangen sind[117]).

c) Ein ganzes Vermögen, welches sein Subject durch den Verlust der Rechtsfähigkeit verloren hat, wird sofort von diesem Subject und zugleich von den präsumtiven Erben desselben sub contrariis conditionibus wieder erworben.

Dies ist der Fall des captiuus. Durch die Gefangennehmung hört er auf, das Subject seines Vermögens zu sein[118]), und läßt dasselbe, wie der Erblasser die Erbschaft, als eine subjectlose uniuersitas[119]) mit der Fähigkeit zur accessio und decessio zurück[120]). Als solche wird es sogleich im Moment der Gefangennehmung wieder Gegenstand eines doppelten bedingten Erwerbs: der captiuus erwirbt es wieder unter der Bedingung der Heimkehr auf Grund des postliminium[121]) — dieser be-

116) l. 26 D. de stip. seru. (45. 3) Usus fructus sine persona esse non potest; et ideo seruus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur. l. 16 D. eod. Seruus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit.

117) l. 16 § 1 D. quando dies leg. (36. 2)... si interim seruus (hereditarius, cui usus fructus legatus fuerit) mortuus fuerit, legatum extinguatur.

118) l. 182 D. de U. S. (50. 16) Paterfamilias liber peculium non potest habere, quemadmodum nec seruus bona.

119) Demgemäß heißt es von den Sclaven des captiuus in l. 12 § 1 i. f. D. de captiu. (49. 15) ... hi bonorum fuerunt et esse perseuerant. Jhering a. a. O. S. 390, 420, der an dem Grundsatz festhält: Rechte können ohne Subject nicht existiren, nimmt an, daß während der Gefangenschaft und während der hereditas iacens nur die passive Seite der Rechte des captiuus. bezw. des Erblassers fortdauert ohne die active; vgl. oben Note 59 sub 1.

120) Vgl. z. B. l. 22 § 1 D. de captiu. (49. 15), l. 4 D. de diu. temp. (44. 3), l. 19 § 5, l. 20 D. de neg. gest. (3. 5) und dazu l. 21 § 1 D. eod., l. 93 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 13 § 2, l. 15 pr. D. eod.

121) l. 23 § 1 D. de A. u. A. P. (41. 2). In his, qui in ho-

dingte Erwerb wird durch dem Umstand, daß er Sclave ist, nicht gehindert (Note 70) —, sein präsumtiver Erbe erwirbt es sub contraria conditione nach der lex Cornelia, und als heres uoluntarius unter der weiteren conditio des Erbschaftsantritts; und je nachdem jene oder diese Bedingung eintritt, wird von den beiden begonnenen Erwerben (spes successionis) der eine rückwärts ex die captiuitatis perfect[122]), der andere rückwärts aufgehoben, weil für beide Theile nicht die künftige, sondern die gegenwärtige Succession in das Vermögen in pendenti sein soll[123]). Durch diese Rückziehung, der zufolge der captiuus schließlich stets nur provisorisch (interim) Sclave gewesen

stium potestatem peruenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt. l. 32 § 1 D. de hered. inst. (28. 5) . . . iure postliminii omnia iura ciuitatis in personam eius (captiui) in suspenso retinentur, non abrumpuntur.

122) l. 22 pr. D. de captiu. (49. 15) . . . idemque ius et eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non peruenissent. § 1. Apparet ergo eadem omnia pertinere ad heredem eius, quae ipse, qui hostium potitus est, habiturus esset, si postliminio reuertisset; porro quaecunque serui captiuorum stipulantur uel accipient, adquiri dominis intelleguntur, quum postliminio redierint. Quare necesse est etiam ad eos pertineant, qui ex lege Cornelia hereditatem adierint. l. 1 pr. D. de suis (38. 16), l 12 D. qui test. fac. (28. 1).

123) l. 12 § 6 D. de captiu. (49. 15). . . . quae in iure sunt, posteaquam postliminio rediit, pro eo habentur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset. l. 16 D. eod. Retro creditur in ciuitate fuisse, qui ab hostibus aduenit. Gaius I. 129. Ulp. fragm. X. 4. — l. 44. § 7 D. de usurp. (41. 3) Sin autem pater ibi decesserit, . . . tempora captiuitatis ex die quo capitur morti iungerentur . . . l. 18 D. de captiu. (49. 15) In omnibus partibus iuris is, qui non reuersus est ab hostibus, quasi tunc decessisse uidetur, quum captus est. l. 39 D. de testam. mil. (29. 1) l. 54 D. de A. u. O. H. (29. 2).

ist[124]), entstehen aber auch hier weder Rechtsverhältnisse noch Rechtsgeschäfte, die während der Gefangenschaft nicht anfangen konnten[125]), oder die zugleich mit oder in der Zeit der Gefangenschaft untergegangen sind[126]); und auch hier werden durch sie keine Rechtsverhältnisse aufgehoben, die während der Gefangenschaft bereits perfect geworden sind[127]). Sie bewirkt

124) Gaius I. 129 . . . seruus interim hostium fit . . .

125) l. 44 § 7 D. de usurpat. (41. 3). Si, quum apud hostes dominus aut pater agat, seruus aut filius emat, an et tenere incipiat? . . . si uero non ex causa peculii comparetur, usu non capi nec iure postliminii quaesitum intellegi, quum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret; sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captiuitatis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intellegi. — § 5 I. quib. non est perm. (2. 12). Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non ualet, quamuis redierit. l. 12 § 5 D. de captiu. (49. 15) Codicilli, si quos in tempore captiuitatis scripserit, non creduntur iure subtili confirmati testamento, quod in ciuitate fecerat; sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit.

126) l. 19 D. quib. ex caus. (4. 6). Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit . . . l. 23 § 1 D. de A. u. A. P. (41. 2) . . . reuersis his noua possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit. l. 15 pr. D. de usurp. (41. 3). Si is, qui pro emptore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, uidendum est, an heredi eius procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reuerso non prodest, quemadmodum heredi eius proderit? sed uerum est eum in sua uita desiisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest, ut uideatur usucepisse. l. 12 § 2 D. de captiu. (49. 15). —

127) c. 18 C. de postl. reu. (8. 51). Ab hostibus captis ac postliminio reuersis pro huiusmodi casu amissa, quae in eadem causa quidem durant, omnimodo directa, quae uero per usu-

nur, daß solche Rechtsverhältnisse, die blos als bedingte während der Gefangenschaft entstehen konnten, sich entweder rückwärts in unbedingte umwandeln [128]), oder wegen Deficienz der Bedingung erlöschen. Wenn z. B. der Sclave des captiuus eine Stipulation simpliciter d. h. ohne Bezugnahme auf seinen gefangenen Dominus schließt, so erwirbt er eine perfecte Forderung für das zurückgelassene Vermögen, die Bestandtheil desselben bleibt, das Vermögen mag demnächst an den postliminio reuersus, an dessen Erben oder an den Fiscus gelangen, oder im Concurse zur Befriedigung der Gläubiger dienen [129]). Hat er dagegen domino stipuliren lassen, so ist die Forderung als eine durch die Heimkehr des captiuus bedingte in pendenti; mit der Existenz der Bedingung wird sie rückwärts perfect, mit der Deficienz als eine in der Bildung begriffene aufgehoben [130]).

Neben der spes successionis an dem zurückgelassenen Vermögen macht der captiuus noch einen weiteren bedingten Erwerb. Diejenigen seiner Rechte, welche ihrer Natur nach ein physisches Subject voraussetzen, wie die testamenti factio, die

---

capionem uel liberationem ex bonis subtracta uel non utendo finita esse uidentur, intra annum utilem experientibus actione rescissoria restituuntur.

128) l. 22 § 3 D. de captiu. (49. 15) Quae peculiari nomine serui captiuorum possident, in suspenso sunt: nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelleguntur, si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes eorum pertinebunt.

129) l. 22 § 1 D. de captiu. (49. 15), l. 1 pr. l. 15 D. de stip. seru. (45. 3).

130) l. 18 § 2 D. de stip. seru. (45. 3) Seruus capto domino ab hostibus domino dari stipulatus est .... in hac specie seruus filio exaequabitur: nam et si filius captiui patri suo stipulatus fuerit dari, res in pendenti erit, et si pater apud hostes decesserit, nullius momenti uidebitur fuisse stipulatio, quoniam alii, non sibi stipulatus est.

Ehe, die Vormundschaft, die dominica und die patria potestas, gehen zunächst durch seine Gefangennehmung unter[131]), sie entstehen aber für ihn in demselben Moment von Neuem sub conditione. Auch sie haften an ihm als spes[132]); es vollzieht sich bei ihnen nur die Vollendung des Erwerbes in anderer Weise, wie bei der spes successionis, weil diese den Uebergang forterxistirender Rechte vermittelt. Die testamenti factio actiua erwirbt der captiuus sub contrariis conditionibus zurück: iure postliminii unter der Bedingung der Heimkehr, und lege Cornelia auch unter der Bedingung, daß er bei den Feinden stirbt. Deshalb convalescirt sein mit der Gefangennehmung untergegangenes Testament[133]) auf alle Fälle[134]). Die testamenti factio passiua erwirbt er dagegen

131) l. 7 pr. D. de iure cod. (29 7) ... si ... quis ... in captiuitate codicillos scribat .. non ualent: idem est, si aliquo modo ius testamenti faciendi desierit habere. — l. 1 D. de diuort. (24. 2) Dirimitur matrimonium diuortio, morte, captiuitate uel alia contingente seruitute utrius eorum. l. 12 § 4 D. de captiu. (49, 15), Nou. 22 c. 7. — Paulus R. S. II. 25 § 1 Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate ... l. 18 § 2 D. de stip. seru. (45. 3) Seruus capto domino ab hostibus ... quae simpliciter stipulatur uel ab alio accepit, etiam ad heredem captiui pertinent, aliudque sit iuris in persona filii, quia nec tunc fuit in potestate, quum stipularetur, nec postea deprehenditur, ut seruus in hereditate ... — l. 7 § 1 D. de tut. act. (27. 3). Si tutor in hostium potestatem peruenerit ... finita tutela intellegitur.

132) l. 4 § 5 D. rem pup. (46. 6) ... finita tutela est, licet recuperari speretur.

133) l. 6 § 5 D. de iniust. (26. 3) Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contingit, puta si ciuitatem amittat per subitam seruitutem, ab hostibus uerbi gratia captus.

134) Paulus R. S. III. 4. § 8 ... Sed ualet testamentum id quod ante captiuitatem factum est, si reuertatur, iure postliminii, aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae. § 5 I. quib. non est perm. (2. 12).

nur unter der Bedingung der Heimkehr wieder; deshalb kann, sofern er selbst während der Gefangenschaft als Erbe instituirt ist, die Erbeinsetzung nur wirksam werden, wenn sich jene Bedingung erfüllt, während die Erbeinsetzung seines Sclaven lege Cornelia auch Geltung hat, wenn er bei den Feinden stirbt, nach den Principien der hereditas iacens[135]. In den Quellen wird ausdrücklich die Gültigkeit dieser beiden Dispositionen auf den bedingten Rückerwerb der verlorenen Rechte gestützt:

l. 32 § 1 D. de hered. inst. (28. 5) Gaius lib. 1 de test. ad edict. praet. urb.

Is qui apud hostes est recte heres instituitur, quia iure postliminii omnia iura ciuitatis in personam eius in suspenso retinentur, non abrumpuntur: itaque si reuersus fuerit ab hostibus, adire hereditatem poterit. Seruus quoque eius recte heres instituitur et, si reuersus sit ab hostibus, potest eum iubere adire hereditatem; si uero ibi decesserit, qui ei heres existet potest per seruum heres fieri.

Dem in dieser Stelle aufgestellten Grundsatz gemäß kommt iure postliminii auch die untergangene Ehe des captiuus sofort wieder als eine bedingte zur Existenz: in suspenso retinetur, non abrumpitur. Deshalb darf sich die zurückgelassene Ehefrau nicht wieder verheirathen, so lange fest steht, daß der Mann noch bei den Feinden lebt: uxores eorum, qui in hostium potestatem peruenerunt, possunt uideri nuptarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt[136]; und wenn sie nach der Rückkehr des Mannes ohne Grund den Consens zur Ehe verweigert, ver-

135) § 2 I. de hered. inst. (2. 14). Vgl. meine Erbschaft S. 45 ff.
136) l. 6 D. de diuort. (24. 2), Nou. 22 c. 7, Nou. 117 c. 11.

fällt sie den Strafen der Scheidung [137]). Diese Strafen könnten sie nicht treffen, wenn die Ehe während der Gefangenschaft völlig aufgehoben, und deshalb bei der Rückkehr nur die Weigerung, eine neue Ehe zu schließen, möglich wäre; die Scheidung setzt voraus, daß die Ehe des captiuus, ebenso wie die väterliche Gewalt desselben, in suspenso ist und rückwärts ex die captiuitatis perfect wird, wenn sich die Bedingung erfüllt.

Auch die patria potestas über die Kinder des captiuus hört nicht völlig auf. In demselben Moment, in welchem ihr Vater diese Gewalt durch seine Gefangennehmung verliert, erwirbt er sie, obwohl er Sclave ist, als ein bedingtes Recht [138]) auf Grund des Postliminium wieder: patria potestate, quamdiu uixerit, non fuerit in plenum liberatus — per suspensi iuris constitutionem [139]). Nach dem Satze: quod pendet, non est pro eo, quasi sit, sind die Kinder, zwar homines sui iuris [140]), aber zunächst nur provisorisch: definitiv werden sie es erst rückwärts, wenn der Vater bei den Feinden stirbt, unter der entgegengesetzten Bedingung werden sie rückwärts wieder Hauskinder [141]). Deshalb ist der status, den

137) l. 8 D. de captiu. (49, 15) Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, quum et uoluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est; quodsi noluerit nulla causa probabili interueniente, poenis discidii tenebitur. l. 14 § 1 D. eod.

138) Gaius I. 129. Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamuis seruus interim hostium fiat, pendet ius liberorum propter ius postliminii. Ulpian. fragm. X. 4. l. 22 § 2 D. de captiu. (49. 15).

139) l. 15 D. de suis et leg. hered. (38. 16).

140) Vgl. Note 131.

141) l. 22 §. 2 D. de captiu. (49, 15). Julian. l. 62 Dig. ... nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est: et reverso quidem patre existimatur nun-

sie schließlich in der Zwischenzeit gehabt haben, bis zum Eintritt der einen oder andern Bedingung noch ungewiß, und folgeweise jedes von ihrem status abhängige Rechtsverhältniß in pendenti, soweit es seiner Natur nach überhaupt ein bedingtes sein kann[142]). Der Erwerb aus Rechtsgeschäften, die

---

quam suae potestatis fuisse, mortuo, tunc paterfamilias fuisse, quum pater eius in hostium potestate perueniret. l. 39 D. de test. milit. (29. 1). Paul. ... quia ex eo tempore quo captus est uidetur decessisse. — Es gab Juristen, welche den bei den Feinden erfolgten Tod des captiuus nicht auf die Zeit seiner Gefangennehmung zurückdatiren wollten, weil die lex Cornelia nur bestimmte, der captiuus solle so behandelt werden, als ob er in ciuitate gestorben sei, l. 22 pr. D. de capt. (49. 15), Ulp. fragm. XXIII. 5. Gajus (I. 129) zweifelte noch, welche Ansicht den Vorzug verdiene: si uero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris, sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Die Gegner der Zurückdatirung ließen im Moment der Gefangennehmung nur für den captiuus, nicht auch für seinen präsumtiven Erben einen bedingten Erwerb der verlorenen Rechte eintreten: er sollte sie sowohl sub conditione der Heimkehr, als auch sub contraria conditione im Moment seines Todes wieder erwerben, und demgemäß erst von der Todeszeit seine Erbschaft und die Selbständigkeit seiner Kinder datiren. Die späteren Juristen erklärten sich für die Zurückdatirung; ihre Theorie wurde im Justinian. Recht recipirt, l. 12 § 1 D. de capt. (49, 15). Tryphon. l. 4 Disp. (siehe die folgende Note), § 5 I. quib. mod. ius pot. solu. (1. 12).

142) l. 12 § 1 D. de capt. (49. 15) Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiis familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum, reuerso nunquam non in potestate eius fuisse credentur. Ideo et de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione, traditione, legato — nam hereditate non possunt — tractatum est, ubi non est reuersus, ... utrum in hereditate captiui, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint. Quod uerius est; diuersumque in his, quae per seruos adquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseuerant, illi sui iuris exinde sibique ideo adquisiisse intelleguntur.

sowohl von einem Filiusfamilias, wie von einem Paterfamilias vorgenommen werden können, beginnt, sofern er nicht blos für den postliminio reuersus eintreten soll, zugleich für den Sohn und für den gefangenen Vater, um sich demnächst rückwärts für diesen zu vollenden, wenn er heimkehrt, für jenen, wenn der Vater bei den Feinden stirbt[143]). Rechte dagegen, die blos ein Hauskind zu erwerben vermag, beginnen nur für den Sohn unter der Bedingung, daß der Vater heimkehrt; erfüllt sich die Bedingung, so werden sie rückwärts perfect, fällt sie aus, so gehen sie als imperfecte unter[144]). Ebenso verhält es sich mit Rechten, die nur der zurückkehrende Vater erwerben soll[145]). Die Rückziehung hat auch hier ihre regelmäßige Wirkung: die Rechtsverhältnisse, welche in der Zeit der Gefangenschaft als pen-

---

143) Auch in dem Fall, wenn der Sohn vor dem Vater stirbt, weil der Vater nur unter der Bedingung, daß er heimkehrt, rückwärts die patria potestas über den Sohn bis zu dessen Tode erwirbt: l. 22 § 2 D. de capt. (49. 15) Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi adquisitum intellegitur, [nec] etsi uiuo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. Daß hier die Negation einzuschalten ist (vgl. Mommsen), ergiebt sich aus l. 9 i. f. D. de castr. pec. (49. 17)... Nam et si filius eius, qui ab hostibus captus est, decesserit patre captiuo uiuo, si quidem pater regrederetur, quasi filiusfamilias peculium haberet; enimuero si ibidem pater decesserit, quasi paterfamilias legitimum habebit successorem, et retro habuisse creditur eius successor ea quoque, quae medio tempore filius iste quaesiit, nec heredi patris, sed ipsi filio quaesita uidebuntur. Ueber das Verhältniß in der Zwischenzeit vgl. l. 2 § 3 D. unde legit. (38. 7).

144) l. 1 § 1 D. de SC. Maced. (14. 6). Si pendeat, an sit in potestate filius, ut puta quoniam patrem apud hostes habet, in pendenti est, an in senatus consultum sit commissum: nam si reciderit in potestatem, senatus consulto locus est, si minus, cessat; interim igitur deneganda est actio.

145) Vgl. Note 130.

dente entstanden sind, wandeln sich rückwärts in unbedingte um, oder gehen wegen Deficienz der Bedingung unter. Sie stellt kein untergegangenes Rechtsverhältniß wieder her[146]), sie hebt kein Rechtsverhältniß auf, welches während der Gefangenschaft schon perfect geworden ist[147]), und sie bringt kein Rechtsverhältniß zur Existenz, welches, wie z. B. der Erbschaftsantritt des Sohns[148]) und die tutoris datio für denselben[149]),

---

146) Iure singulari wurde die Erbschaft des captiuus von seinem instituirten Sclaven und von Kindern, die zur Zeit der Gefangennehmung seiner Gewalt unterworfen waren, necessitate erworben, obwohl durch seinen Tod beim Feinde die Bedingung für den Rückerwerb der dominica und patria potestas deficirte: l. 12 D. qui test. fac. poss. (28. 1)... seruus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit siue uelit siue nolit, licet minus proprie heres necessarius dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, inuitus hereditati obligatur, quamuis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit. Wenn man auch den Tod des captiuus auf die Zeit seiner Gefangennehmung zurückdatirte, um von da ab den Erwerb der Erbschaft durch den Erben beginnen zu lassen, so konnte doch die untergegangene patria potestas über den Erben durch diese Rückziehung nicht wieder hergestellt werden; es bedurfte daher, wenn er necessitate succediren sollte, einer singulären Ausdehnung der fictio legis Corneliae, die man auch noch in einem andern Falle aus Billigkeitsgründen für gerechtfertigt hielt, vgl. l. 15 pr. D. de usurp. (41. 3) . . . posse plenius fictionem legis accipi etc.

147) Vgl. l. 12 § 3, l. 23 D. de captiu. (49. 15), l. 11 D. de R. N. (23. 2), l. 3 § 1 D. eod. l. 15 D de iniusto (28. 3).

148) Vgl. Note 142. l. 6 pr. D. de A. u. O. H. (29. 2). Qui in aliena est potestate, non potest inuitum hereditati obligare eum in cuius est potestate.

149) l. 6 § 4 D. de tut. (26. 1). Ei cuius pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendenti sit datio, quaeri potest. Et non puto dationem ualere: sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.

nicht als ein bedingtes in dieser Zeit seinen Anfang nehmen konnte[150]).

d) Rechte, die von einer Person pure erworben werden, erwirbt in demselben Moment durch sie oder von ihr eine andere Person sub conditione, so daß mit der Erfüllung der Bedingung diese Person rückwärts das Subject der Rechte wird, und der erste Erwerber dies nur provisorisch (interim) gewesen ist.

Diese Pendenz kommt im römischen Recht als eine blos factische und als eine rechtliche vor: als factische beim castrense peculium nach den Grundsätzen des vorjustinianischen Rechts, als rechtliche bei der dominii impetratio des Pfandgläubigers und, wie sich aus der früheren Darstellung ergiebt (S. 33), beim bedingten Eigenthumsvermächtniß, wenn der Legatar die vermachte Sache nicht erst von der Existenz der conditio, sondern schon ex die aditae hereditatis erwerben soll; und um eine rechtliche Pendenz dieser Art handelt es sich auch beim Fruchterwerb des b. f. possessor.

Der Filiusfamilias sollte iure singulari alle Güter, welche er als Soldat erwarb, mit den Rechten eines Paterfamilias erwerben, daher inter uiuos wie mortis causa frei über sie verfügen können[151]); andererseits sollten aber diese Güter

150) l. 77 D. de R. J. (50. 17) Actus legitimi, qui non recipiunt diem uel conditionem, ueluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, serui optio, datio tutoris, in totum uitiantur per temporis uel conditionis adiectionem. — Durch die mir während des Drucks zugehende Schrift von Bechmann: Das Ius postliminii und die Lex Cornelia, ist die Lehre von der Rückziehung und der Pendenz der Rechtsverhältnisse nicht gefördert; sie enthält überhaupt keine juristische Construction der römischen Theorie, obwohl sie einen Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts geben will.

151) l. 2 D. de SC. Maced. (14. 6)... quum filiifamilias in castrensi peculio uice patrumfamiliarum fungantur. Ulp. fragm. XX. 10. pr. I. quib. non est perm. (2. 12).

unter der Bedingung, daß er ohne Testament verstarb, wie und soweit sie ihm bei seinem Tode noch gehörten, so behandelt werden, als wären sie von jeher nur Peculium gewesen [152]). Hiernach erhielt der Filiusfamilias an den castrensischen Sachen unbeschränktes Eigenthum: er konnte sie definitiv veräußern, iura in re an ihnen einräumen und alle Klagen anstellen, die einem Eigenthümer zustehen; er konnte die castrensischen Sclaven freilassen, und die Erwerbungen derselben fielen ihm als Dominus zu [153]). So lange der Sohn lebte, hatte der Vater an den castrensischen Sachen kein Recht irgend einer Art [154]). Aber factisch war sein gegenwärtiges Eigenthum an denselben in pendenti [154a]). Demgemäß trat im Moment, wo der Sohn intestatus gestorben, oder von seinem Testamentserben der Nachlaß repudiirt war, für das jetzt vom Vater erworbene Eigenthum eine Rückziehung ein, durch welche die hinterlassenen castrensischen Sachen rückwärts res peculiares, und deshalb die bisher factisch pendenten Dispositionen des Vaters rückwärts gültig wurden [155]), soweit sie mit

---

152) l. 2 D. de castr. pec. (49. 17). Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. c. 5 C. h. t. (12. 37).

153) l. 4 § 1, l. 6 i. f., l. 15 § 13 D. h. t. (49. 17). l. 8 pr. D. de iure patron. (37. 14). l. 2 pr. D. de contr. empt. (18. 1).

154) c. 3 C. de castr. pec. (12. 37)... peculium castrense proprium habent, nec in eo ius ullum patris est.

154a) Ueber die heutigen Auffassungen dieser Pendenz vgl. v. Vangerow, Pand. § 301 u. v. Wächter a. a. O. S. 18 ff.

155) l. 9 D. h. t. (49. 17)... Sed quum nihil de peculio decernit filius, non nunc obuenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur: denique si seruo filii castrensi libertatem pater adscripserit moxque filius uiuo patre defunctus sit, non impeditur libertas, quum, si filius patri superuixerit, impediatur libertas.... eodem casu, quo libertatem competere [uel non competere]

den Dispositionen des Sohnes nicht collidirten[156]). Dessen Dispositionen waren perfecte Rechtsverhältnisse, welche die Rückziehung nicht aufheben konnte: da der Vater bis zum Tode des Sohnes den castrensischen Sachen noch völlig rechtlos gegenüber stand[157]), so war es nicht, wie bei der rechtlichen Pendenz, die Vollendung eines begonnenen Eigenthums, sondern die Entstehung des Eigenthums, welche hier zurückgezogen wurde[158]). Nur in einer Beziehung fand eine Abweichung von den regelmäßigen Wirkungen der factischen Pendenz Statt: Dispositionen des Vaters, welche dem Sohn vortheilhaft waren, wie

---

diximus, legatum quoque uel debebitur uel impedietur;... quum heres non adiit hereditatem retro peculium patris bonis accessisse.

156) l. 18 § 1 D. h. t. (49. 17) Et in summa ea res est: hi actus patris, qui ad praesens alienationem alicuius iuris de castrensi peculio praestant, impediuntur, hi uero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animaduertentur, quo habere effectum consuerunt, ut, si sit filius, cui auferatur nihil agatur, si ante decesserit, actus patris non impediatur. l. 19 § 3 D. h. t. Pater peculii castrensis filii seruum testamento liberum esse iussit: intestato defuncto filiofamilias, mox patre quaeritur, an libertas seruo competat. Occurrebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse; denique filium posse manumittere talis peculii seruum Hadrianus constituit. Et si testamento tam filii quam patris idem seruus accepisset libertatem et utrique pariter decessissent, non dubitaretur ex testamento filii liberum eum esse. Sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessauerit; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque uideatur habuisse rerum dominia.

157) l. 15 § 3 D. h. t. (49. 17)... non enim seruus, qui peculii castrensis est quique nullo iure, quamdiu filius uiuit, patri subiectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando uel accipiendo patri potest, l. 18 § 3 i. f. D. eod.

158) Vgl. S. 19 in der Note.

z. B. die Befreiung eines castrensischen Sclaven vom Nießbrauch, oder der Erwerb von Servituten für castrensische Grundstücke, hatten sofort Geltung. Ihnen gegenüber wurde der Vaser so behandelt, als ob ihm durch die Rechte des Filiusfamilias blos die Administration der bona castrensia entzogen sei [159]). Im Uebrigen war aber sein Verhältniß ganz dasselbe wie bei der donatio i. u. e. u. das Verhältniß des beschenkten Ehegatten [160]). Wenn er z. B. eine castrensische Sache veräußerte, so veräußerte er zunächst eine fremde Sache; er erwarb sie erst zu der Zeit, wo der Sohn ohne Testament gestorben war, aber jetzt mit rückwirkender Kraft. Deshalb war die Veräußerung, wie sein Eigenthum, factisch in pendenti, bis ex postfacto gewiß wurde, ob sich die Veräußerung der fremden Sache rückwärts in die Veräußerung einer eigenen Sache umwandeln werde oder nicht [161]). Ebenso verhielt es sich, wenn der Vater einen castrensischen Sclaven per uindicationem legirte oder im Testament manumittirte. Zur Zeit der Errichtung dieser Geschäfte hatte er das für sie erforderliche Eigenthum nicht, gleichwohl waren sie gültig, wenn bei

---

159) l. 18 § 3 D. h. t. (49. 17) Seruos ex eo peculio usufructu, item praedia tam usufructu quam ceteris seruitutibus pater liberare poterit; sed et seruitutes his adquirere: id enim et eum, c u i b o n i s i n t e r d i c t u m e s t, uerum est consequi posse.

160) Vgl. S. 20 in der Note sub 1.

161) l. 98 § 3 D. de solut. (46. 3) Rem autem castrensis peculii soluentem patrem perinde accipere debemus, a c s i a l i e n a m d e d i s s e t, quamuis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio: s e d t u n c a d q u i s i t a c r e d i t u r, q u u m f i l i u s d e c e s s e r i t; et utique c u i u s f u e r i t, e u e n t u s d e c l a r e t sitque et hoc ex his, q u a e p o s t f a c t i s, i n p r a e t e r i t u m q u i d f u e r i t, d e c l a r e n t. Vgl. l. 11 § 9 D. de donat i. u. e. u. (24. 1).

seinen Lebzeiten der Sohn intestatus starb, weil er es dann ex postfacto rückwärts erwarb [162]).

Hinterließ der Sohn ein Testament, so stellte zunächst die Delation dem factisch pendenten Eigenthum des Vaters das rechtlich pendente des instituirten Erben sub contraria conditione gegenüber: mit der Erklärung des Erbschaftsantritts, die den begonnenen Erwerb des Erben rückwärts seit dem Tode des Sohns vollendete, deficirte die Bedingung für den Erwerb des Vaters, mit der Repudiation, die jenen begonnenen Erwerb aufhob, erfüllte sich diese Bedingung mit rückwirkender Kraft [163]). Deshalb waren die Erwerbsgeschäfte, welche ein castrensischer Sclave in der Zwischenzeit schloß, für den Vater, der pendente conditione noch kein Recht an dem Sclaven hatte, iure communi ungültige Geschäfte, die durch die Rückziehung nicht convalescirten, weil diese kein ungültiges Geschäft zur Existenz bringen kann [164]); dagegen für den Testamentserben waren die Erwerbungen aus jenen Geschäften rechtlich in pendenti, wie der Erwerb des Nachlasses. Der Nachlaß selbst konnte diese Erwerbungen nicht

162) l. 44 pr. D. de legat. (30) Seruum filii sui castrensis peculii legare pater potest et, si uiuo patre mortuus sit filius et apud patrem peculium remansit, constitit legatum: cum enim filius iure sui non utitur, retro creditur pater dominium in seruo peculiari habuisse. Vgl. Note 156.

163) l. 19 § 5 D. h. t. (49. 17) Quid autem, si testamentum fecerit filius et non sit eius adita hereditas? non tam facile est dicere continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium, quum medium tempus, quo déliberant instituti heredes, imaginem successionis praestiterit. Alioquin et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur a patre ad eum transiisse proprietatem. Quod absurdum est, si [nisi ?] in pendenti, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia, ut ex postfacto [Flor. facto] retro fuisse aut non fuisse patris credamus.

164) Vgl. l. 19 § 4 D. h. t. (49. 17).

machen, weil während der Deliberation des Erben noch nicht feststand, ob er ein Peculium oder eine Erbschaft sei; er wurde auch zur hereditas erst rückwärts durch den Antritt [165]).

Der factischen Pendenz beim castrense peculium entspricht die rechtliche bei der dominii impetratio. Der Pfandgläubiger wird durch den Zuschlag Dominus des Pfandes [166]),

165) l. 14 § 1 D. h. t. (49. 17) Proxima species uidetur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod seruus interim stipulatus est uel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti uideatur, quum in illo tempore non fuerit seruus patris: quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intellegatur: ut enim hereditarius fuisse credatur, per aditam fit hereditatem. Sed paterna uerecundia nos mouet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis uel rei traditae per seruum fiat § 2. Legatum, quod ei seruo relictum est, quamuis tunc propter incertum nulli sit acquisitum, omisso testamento patri tunc primum per seruum adquiretur, quum, si fuisset exemplo hereditatis peculio adquisitum, ius patris hodie non consideraretur. l. 19 § 5 D. eod. (vgl. meine Erbschaft S. 50 ff.). l. 33 pr. D. de A. R. D. (41. 1)... si quidem adeatur hereditas, omnia ut in seruo hereditario... esse spectanda. l. 18 pr. D. de stip. seru. (45. 3).... non enim, si quis heredem existere filiofamilias dixerit, statim et hereditatem eius iam esse consequens erit. l. 18 pr. D. ad leg. Falc. (35. 2)... fieri hereditatem aditione eius.... — Ueber die auf die Pendenz und Rückziehung bezüglichen Ausführungen in dem Werk von Fitting: Das Castrense Peculium. Halle 1871, vgl. die Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13 S. 262.

166) l. 63 § 4 D. de A. R. D. (41. 1)... ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii. c. 3 § 2 C. de iure dom. imp. (8. 34)... sin uero nemo est, qui comparare eam maluerit et necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere... § 3.. habeat ex diuino oraculo eam in suo dominio... l. 24 pr. D. de pign. act. (13. 7), l. 5 § 3 D. de reb. eor. (27. 9).

aber gleichzeitig erwirbt dasselbe von ihm der Schuldner sub conditione zurück, und zwar unter der alternativen Bedingung, daß er den Gläubiger innerhalb zwei Jahren befriedigt[167]), oder daß der Gläubiger während dieser Frist durch Verzicht auf sein Privilegium in seine Stellung als Pfandgläubiger zurücktritt[168]). Beide Bedingungen erfüllen sich mit rückwirkender Kraft, weil nicht das künftige, sondern das gegenwärtige Eigenthum des Schuldners in pendenti sein soll. Der vom Gläubiger auf dem zugeschlagenen Grundstück gefundene Schatz kommt deshalb in dem einen wie in dem andern Fall zur Hälfte rückwärts in's Eigenthum des Schuldners[169]). Hinsichtlich der pendente conditione über das Pfand getroffenen Dispositio-

---

167) c. 3 § 3 C. h. t. (8. 34)... pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori, qui iam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis uitio eius creditori illatis.. et suum pignus recuperare.

168) c. 2 C. h. t. (8. 34) Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam rescripti alio anno usuras a nobis accepit, a beneficio impetrato recessisse uidetur. c. 3 § 5 C. eod. Sin uero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, uendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori seruare.

169) l. 63 § 4 D. de A. R. D. (41. 1). Quod si creditor inuenerit, in alieno uidebitur inuenisse; partem itaque sibi, partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod iure inuentoris, non creditoris ex thesauro apud eum remansit. Quae quum ita sint, et quum ex Principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus pignoris causa uertitur; post transactum autem tempus thesaurum in eo inuentum ante solutam pecuniam totum tenebit; oblato uero intra constitutum tempus debito, quoniam uniuersa praestantur atque in simplici pignore reuocantur, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inuentori semper placet relinqui.

nen hat aber die Rückziehung eine verschiedene Wirkung, je nachdem der Schuldner zahlt, oder der Gläubiger auf sein Privilegium verzichtet. Dort hebt sie einerseits die dinglichen Dispositionen des Gläubigers auf und bringt andererseits die bisher pendenten Dispositionen des Schuldners rückwärts zu rechtlicher Geltung (S. 19); hier kann sie nur die letzte Wirkung haben, weil der Gläubiger sein Recht, auf das Privilegium zu verzichten, verliert, wenn er das ihm zugeschlagene Eigenthum durch Einräumung von iura in re ausübt. So macht der bedingte Erwerb des Schuldners den Gläubiger zu einem provisorischen Eigenthümer, der jenem eventuell rückwärts weichen muß; erst durch die Deficienz der Bedingung wird sein Eigenthum ein definitives[170]. Uebersteigt der Werth des Pfandes zu dieser Zeit den Betrag der Pfandforderung, so erhält er, da der Zuschlag um die Taxe erfolgt[171], das Eigenthum nur zu einer Quote, aber mit dem Vorrecht,

---

170) c. 3 § 3 i. f. C. h. t. (8. 34)... Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam irrevocabilem factam. Nach dieser Ausdrucksweise Justinian's kann man beim Pfandgläubiger allenfalls von einer Revocabilität seines Eigenthums sprechen, weil der Rückerwerb des Schuldners von einer Potestativbedingung desselben abhängig ist. Daß die Anwendung dieses Begriffs auf anderweitige Pendenzfälle (dominium reuocabile ex nunc und ex tunc) ganz ungeeignet ist, bedarf keines weiteren Nachweises, vgl. Windscheid, Pand. § 165 Note 8.

171) c. 3 § 6 C. h. t. (8. 34) Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, siue amplioris siue minoris, quantum ad debitum, quantitatis est, iudicialis esse uolumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in aestimatione pignoris obtineat. Gegen Dernburg, Pfandr. II S. 246, der das Pfand nicht nach seinem Werth bei Ablauf der Einlösungsfrist, sondern zur Zeit des Zuschlags ästimirt wissen will, vgl. v. Wächter a. a. O. S. 26 Note 12.

die communicatio durch Auskauf des Schuldners aufzuheben [172]).

Diesem durch die dominii impetratio begründeten Eigenthumserwerb ist der Fruchterwerb des b. f. possessor völlig analog. Der rechtmäßige Besitzer wird durch die Separation sofort Eigenthümer der Früchte (statim ubi a solo separati sunt, eius fiunt), gleichviel ob sein Besitz an der fruchttragenden Sache auch zur Usucapion geeignet ist oder nicht [173]), und gleichviel ob die separirten Früchte fructus naturales oder industriales sind [173a]), aber er erwirbt das Eigenthum zunächst nur provisorisch (suos interim facit): denn von ihm erwirbt es gleichzeitig der Dominus unter der Bedingung, daß er die Früchte vindicirt, bevor der b. f. possessor sie consumirt. Dieser bedingte Erwerb giebt ihm in der Bildung begriffenes Eigenthum: durch die Erfüllung der Bedingung wird dasselbe rückwärts perfect, und das provisorische Eigenthum des b. f. possessor geht rückwärts unter, durch die Deficienz der Bedingung wird das begonnene Eigenthum des Dominus rückwärts aufgehoben, und das provisorische des b. f. possessor

---

172) c. 3 § 4 C. h. t. (8. 34)... Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc, quod debitum excedit, debitori omnia iura integra lege nostra seruabuntur... Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino, aestimationem superflui debitori uel creditori debitoris cum competente cautela in eum exponenda offerre.

173) l. 48 pr. D. de A. R. D. (41. 1)... Nec interest, ea res quam bona fide emi, longo tempore capi possit necne, ueluti si pupilli sit aut ui possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.

173a) l. 48 pr. D. eod. Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantnm eos, qui diligentia et opera eius peruenerunt, sed omnes.

wird rückwärts ein definitives (fructus consumptos suos facit; fructus, quos percepit, eius sunt[174]).

Demnach hat der b. f. possessor Eigenthum, quod abire speratur, si conditio extiterit, wie der Tradent bei der bedingten Tradition[174a]); der für den Dominus begonnene Eigenthumserwerb bewirkt für ihn einen begonnenen Eigenthumsverlust, der in pendenti ist. Dadurch wird, so lange sich die Bedingung nicht erfüllt hat, sein plenum ius nicht ausgeschlossen[175]). Deshalb kommen ihm inzwischen alle Befugnisse eines Eigenthümers zu[176]). Wenn aber der Eintritt der Bedingung sein provisorisches Eigenthum rückwärts aufhebt, werden alle seine dinglichen Dispositionen, da auch sie nur provisorische sein konnten, ab initio nichtig, und alle von ihm noch nicht angestellten oder noch anhängigen Klagen stehen jetzt dem Dominus zu[177]); nur auf die schon zu Ende geführten Klagen influirt die Rückziehung nicht, weil sie vollendete Rechtsverhältnisse niemals rückgängig macht.

Kraft seines bedingten Eigenthums kann neben dem b. f. possessor auch der Dominus über die Früchte dinglich disponiren, wie bei der bedingten Tradition der Accipient über die tradirte Sache. Die von ihm bestellten iura in re entstehen als bedingte und werden an den vindicirten fructus exstantes

---

174) Vgl. S. 46. 50.

174a) Vgl. meine Abhandlung S. 42 ff.

175) l. 66 D. de R. U. (6. 1) Non ideo minus recte quid nostrum esse uindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati uel libertatis extiterit.

176) l. 205 D. de R. J. (50. 17) Plerumque fit, ut etiam ea, quae a nobis abire possint, proinde in eo statu sint, atque si non essent eius conditionis, ut abire possent. Et ideo quod fisco obligamus, et uindicare interim et alienare et seruitutem praedio imponere possumus.

177) l. 14 pr. D. de cond. furt. (13. 1).

rückwärts vom Moment ihrer Bestellung perfect, weil sich das Eigenthum des Bestellers rückwärts ex die separationis vollendet; dagegen an den consumirten Früchten gehen sie rückwärts unter, weil die Consumption das begonnene Eigenthum des Dominus rückwärts aufhebt, und deshalb die Früchte jetzt niemals zu dessen Vermögen gehört haben:

l. 1 § 2 D. de pign. (20. 1) Papin. l. 11 Resp. Quum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, conuenit. Eos consumptos bona fide emptor utili Seruiana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur; quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt[178]).

Hier heißt es: der Grundsatz, nach welchem das Pfandrecht fortdauert, wenn der Verpfänder sein Eigenthum am Pfande durch Ersitzung verliert, kann keine Anwendung finden auf den Fall, wo der b. f. possessor Eigenthümer der vom Dominus verpfändeten Früchte wird: denn dieser Eigenthumserwerb schließt keinen Verlust des Eigenthums für den Verpfänder in sich, weil die vor der Vindication vom b. f. possessor consumirten Früchte niemals im Eigenthum des Verpfänders gestanden haben.

Aus dem Umstande, daß der b. f. possessor die Früchte originär, nicht vom Dominus, sondern dieser sub conditione von ihm erwirbt, ergiebt sich, daß es für das Recht beider Theile ganz irrelevant ist, ob der b. f. possessor die Früchte auch noch ersitzt. Selbstverständlich kann er sie im Usucapionsbesitz haben[179]) und auf Grund desselben im Fall der Besitzentziehung

---

178) Vgl. l. 29 § 1 D. de pignor. (20. 1).
179) l. 2 D. pro suo (41. 10).

die actio Publiciana anstellen[180]), aber sein Eigenthum erleidet durch die Vollendung der Usucapion keine Veränderung, weil es keine usucapio libertatis giebt, welche das begonnene Eigenthum des Dominus aufheben kann. Die Behauptung, daß die Usucapion den b. f. possessor von der Restitution der fructus exstantes befreie, ist ebenso unrichtig, wie der Satz, daß der Dominus auch die vom b. f. possessor veräußerten Früchte noch bis zur Ersitzung vindiciren könne, weil die Veräußerung keine Consumption sei[181]). Dieser Satz steht direct mit den Quellen in Widerspruch:

l. 4 § 19 D. de usurp. (41. 3) Paul. l. 54 ad Ed. Lana ouium furtiuarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si uero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint; quod uerum est.

Die Wolle von gestohlenen Schafen, welche beim Diebe geschoren wird, ist eine res furtiua, weil er durch die mala fide erfolgte Apprehension auch an ihr ein furtum begeht. Deshalb sagt Paulus: sie kann von dem, der sie kauft, obwohl er in bona fide ist, nicht usucapirt werden. Wenn dagegen, fährt er fort, die Wolle beim b. f. emptor geschoren ist und von ihm verkauft wird, so ist sie nicht usucapionsunfähig; der Käufer braucht sie aber nicht mehr zu usucapiren, sondern wird sofort und nicht blos provisorisch Eigenthümer, weil sie als Frucht mit der durch ihre Veräußerung bewirkten Consumption schon definitives Eigenthum des Verkäufers geworden ist. Ebenso verhält es sich mit den beim b. f. emptor geborenen Lämmern von gestohlenen Schafen, wenn sie

180) l. 11 § 4 D. de Public. i. r. act. (6. 2).
181) Vgl. oben S. 4. 7.

von ihm verzehrt oder veräußert sind (si consumpti sint[181a]), und zwar gleichviel, ob die Schafe schon beim Ankauf trächtig waren, oder es erst nachher wurden: denn als Frucht sind sie nach der Separation keine pars rei furtiuae, sondern neue Sachen.

Zu Paulus Zeit stand es fest, daß auch die Conception des partus beim Diebe den Erwerb des b. f. possessor nicht hindern dürfe, während Marcellus noch abweichender Ansicht war, weil er auf den Begriff der Frucht keine Rücksicht nahm:

l. 48 § 2 D. de A. R. D. (41. 1) Paul. l. 7 ad Plaut.

Et ouium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnantes uenierint uel (et?[182]) subreptae sint Et sane quin lac suum faciat, quamuis plenis uberibus uenierint, dubitari non potest. Idemque in lana iuris est.

l. 10 § 2 D. de usurp. (41. 3) Ulp. l. 16 ad Ed. Scaeuola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit uel apud furis heredem pariatque apud furis he-

181a) Diese Worte werden von manchen Juristen ohne Grund beanstandet; v. Vangerow Pand. § 326 S. 617 scheint sie für ein Glossem zu halten, und Ihering will nach einer zustimmenden Mittheilung Mommsen's in den Emendanda et Addenda zur Digestenausgabe statt si consumpti sint lesen: si non summisit, unter Bezugnahme auf l. 69 und 70 § 1 D. de usufr.; s. oben S. 42. Es wird von ihnen übersehen, daß Paulus, wie im ersten Fall der Stelle eine Veräußernng der Wolle von Seiten des Diebes, so im zweiten Fall eine Veräußerung von Seiten des b. f. emptor voraussetzt und deshalb hier schon implicite den Satz ausspricht, auf den er im letzten Fall der Stelle mit den Worten si consumpti sint hinweist: durch die Consumption wird der b. f. possessor definitiv Eigenthümer der Früchte.

182) Daß hier et statt uel zu lesen ist, kann wohl nicht zweifelhaft sein.

redem, usucapi ab herede distractum iuuencum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaeuola autem scribit se putare usucapere posse (emptorem)[183]) et partum: nec enim esse partum rei furtiuae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.

Der Erbe des Diebes succedirt in die mala fides seines Erblassers. Deshalb kann er den partus von dem gestohlenen Thier, obwohl ihm das Furtum unbekannt ist, nicht usucapiren, gleichviel ob der partus noch beim Erblasser concipirt, oder ob er erst beim Erben concipirt und geboren ist[184]). Dagegen für den Singularsuccessor des Erben ist die Ersitzung nicht ausgeschlossen, weil der partus als Frucht keine pars rei furtiuae und deshalb kein partus furtiuus ist. Nur wenn er ein Theil der gestohlenen Sache wäre, würde er dem partus ancillae gleich stehen, und selbst die Geburt beim b. f. emptor ihn nicht usucapionsfähig machen: denn das beim Diebe oder dessen Erben concipirte Sclavenkind wird als portio mulieris von dem uitium furti ergriffen und bleibt auch nach der Geburt mit demselben behaftet[185]), weil es keine Frucht ist und deshalb keine Sache, die als das, was sie jetzt ist, überhaupt noch nicht existirt hat[186]). Aus diesem Grunde ist die Usucapion des partus ancillae nur möglich, wenn die Conception erst beim b. f. emptor Statt gefunden hat; dann

183) Ist nach Mommsen einzuschalten; das nachfolgende et dürfte zu streichen sein.

184) l. 4 § 15 D. de usurp. (41. 3).

185) l. 26 D. de statu hom. (1. 5).

186) l. 27 D. de H. P. (5. 3), l. 68 pr. D. de usufr. (7. 1) Vgl. Böcking Instit. § 79 Note 5.

bleibt er vom uitium furti frei, weil er nicht beim Diebe pars rei furtiuae geworden ist:

l. 48 § 5 D. de furt. (47. 2) Ulp. l. 42 ad Sab. Ancilla si subripiatur praegnans uel apud furem concepit, partus furtiuus est, siue apud furem edatur siue apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique peperit, eueniet, ut partus furtiuus non sit, uerum etiam usucapi possit.

Die Fortsetzung dieser Stelle lautet nach den Handschriften, mit denen die Basiliken übereinstimmen, folgendermaßen:

Idem et in pecudibus seruandum est et in fetu eorum, quod in partu. § 6. Ex furtiuis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

Mommsen nimmt an, der § 6 sei dem ersten Satz voranzustellen und in diesem am Schluß quod in partu zu streichen. Daß Ulpian in der That so geschrieben haben muß, unterliegt nach der eben besprochenen l. 10 § 2 D. de usurp. keinem Zweifel. Nach ihr konnte er nur sagen wollen: der beim b. f. emptor geborene partus von gestohlenen Thieren braucht nicht mehr usucapirt zu werden, er kommt als Frucht sofort in dessen Eigenthum, aber, wie bekannt, zunächst provisorisch, weil zugleich von ihm der Dominus unter der Bedingung der Vindication vor der Consumption das Eigenthum erwirbt[187]).

Damit dieser Erwerb mit der Separation für den b. f. possessor eintreten kann, muß er seinen Anfang schon früher nehmen; bestände bis dahin keinerlei Berechtigung an der

187) Vgl. l. 28 D. de usur. (22. 1), § 37 I. de R. D. (2. 1).

Frucht, so würde sie bei der Trennung von der Hauptsache eine res nullius sein, die erst durch Besitzergreifung in's Eigenthum gebracht werden könnte. In dem Eigenthum an einer fruchttragenden Sache liegt sofort der Keim zu einem besonderen Eigenthum an der Frucht. Mit der Entwickelung der Frucht beginnt auch die Entwickelung dieses Eigenthums, und wenn sich die Entstehung der neuen Sache durch die Separation vollendet, wird auch das neue Eigenthum an ihr perfect, entweder für den Dominus oder für den b. f. possessor. Beide erwerben das in der Bildung begriffene Recht sub conditione: der Besitzer unter der conditio iuris, daß er auch bei der Separation noch in bona fide ist, der Dominus sub conditione contraria. Deficirt die conditio für den Dominus, so erhält er jetzt statt seiner bisherigen spes die neue, welche das perfecte Eigenthum des Besitzers zum provisorischen macht.

Die b. f. possessio begründet also, obwohl sie an der fruchttragenden Sache nur ein factisches Verhältniß ist, an den Früchten eine dingliche Berechtigung, welche definitives Eigenthum wird, wenn die beiden durch das Recht dafür aufgestellten Bedingungen eingetreten sind: die Separation und die Consumption vor der Vindication. Bis zur Separation geht diese Berechtigung durch einen Wechsel des Besitzers zugleich mit dem Besitze unter, weil sie noch kein selbständiges Recht, sondern nur eine Qualität des rechtmäßigen Besitzes ist. Als solche kann sie von dem neuen Besitzer nur von Neuem erworben werden; und als solche muß sie auch durch mala fides superueniens erlöschen. Auf sie kann nicht, wie auf den Usucapionsbesitz, der Grundsatz Anwendung finden, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt[188]),

188) l. 85 § 1 D. de R. J. (50. 17).

es muß bei ihr das entgegengesetzte Princip Platz greifen: ea, quae recte constiterunt, resoluuntur, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere [189]). Der Usucapionsbesitz ist schon ein selbständiges, durch die actio Publiciana geschütztes Recht, keine bloße Qualität des Besitzes. Deshalb setzt die conditio usucapiendi nur die Fortdauer der possessio, nicht auch die Fortdauer der bona fides voraus; und selbst von der possessio läßt sie sich iure singulari beim Tode des Usucapienten so ablösen, daß sie durch bloßen Ablauf der Usucapionszeit zu einem Eigenthumsrecht der Erbschaft oder des Erben wird [190]). Bei der aus der b. f. possessio fließenden Berechtigung auf die Früchte läßt das Maß ihrer Entwickelung diese Ablösung nicht zu. Die nach dem Tode des Besitzers separirten Früchte werden demgemäß nicht Eigenthum seiner Erbschaft [191]), und mala fides zur Zeit der Separation schließt den Erwerb für ihn aus:

l. 40 D. de A. R. D. (41. 1) Afric. l. 7 Quaest. Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat, an aliquid per eum adquirat. Non esse ait, ut hic bona fide possessor uideatur, quando sciens liberum possidere coeperit, quia et si fundum suum quis legauerit, heres, qui eum legatum esse

189) l. 98 pr., l. 140 § 2 D. de U. O. (45. 1).

190) Vgl. mein System des Erbrechts S. 228 ff.

191) Fitting im Arch. f. civ. Pr. Bd. 52. S. 276 wirft die Frage auf, „ob das römische Recht gleichwie in Ansehung der Ersitzung, so auch in Ansehung des Fruchterwerbs der Erbschaft die Fähigkeit zu einem Besitze beilege?“ Bei dieser Fragstellung ist übersehen, daß die Fähigkeit der hereditas iacens zum Eigenthumserwerb durch Usucapion ihren Grund nicht in einer ihr beigelegten Fähigkeit zum Besitze hat; die Usucapion vollendet sich hier ohne Besitz. Vgl. mein Erbr. a. a. O.

sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet: et multo magis si testator eum alienum bona fide emptum possedit. Et circa seruorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut, siue alieni siue proprii uel legati uel manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur. Etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per seruum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur.

Ursprünglich war die Frage, ob mala fides superueniens auf das Recht des b. f. possessor influiren dürfe, unter den römischen Juristen bestritten. Von Julian wurde sie verneint. Er behauptete nicht, daß der Besitzer streng genommen noch gar nicht in mala fide sei, wenn er abwarte, ob die Sache ihm wirklich abvindicirt, und ob sie ihm dann nicht vielleicht durch die Vertheidigung seines Auctors verbleiben werde[192]), sondern er nahm irrthümlich an, daß, wie beim Usucapionsbesitz, auch bei der b. f. possessio nur das initium in Betracht komme, also für die einzelnen Fälle des Fruchterwerbs die bona fides nicht mehr erforderlich sei, weder beim Besitz von fruchttragenden Sachen, noch beim Besitz von Sclaven oder vermeintlichen Sclaven. Die späteren Juristen recipirten hier wie dort die entgegengesetzte Ansicht; sie forderten die bona fides bis zur Consumption:

l. 25 § 2 D. de usur. (22. 1) Iulian. l. 7 Dig. Bonae fidei emptor seuit et antequam fructus percipe-

192) Vgl. v. Scheurl, Beiträge I. S. 297, der sich aus diesem Grunde für Julian's Ansicht erklärt, und gegen ihn Göppert a. a. O. S. 368 ff.

ret, cognouit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi: bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu euictus fundus non fuerit: nam et servus alienus, quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea uel ex operis suis adquiret, quamdiu a me euictus non fuerit.

l. 48 pr. D. de A. R. D. (41. 1) Paul. l. 7 ad Plaut.

.... Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit necne, ueluti si pupilli sit aut ui possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori. § 1. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem uendentis esse, deinde cognouero alienam esse, quia perseuerat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius uerendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamuis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat; nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei uitium, fructus suos facit.

l. 23 § 1 D. de h. t. Ulp. l. 43 ad Sab.

Tamdiu autem adquirit, quamdiu bona fide seruit: ceterum si coeperit scire esse eum alienum uel liberum uideamus, an ei adquirit. Quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta: et magis est, ut singula momenta spectemus.

Julian stellte nach der l. 25 § 2 cit. den Satz auf: wer den Besitz einer Sache bona fide erworben hat, gilt hinsichtlich des Fruchterwerbes so lange als b. f. possessor, bis ihm die Sache vom Dominus evincirt ist; er erwirbt die Früchte durch die Consumption (perceptione suos facit), wenn er gleich vor derselben (antequam fructus perciperet)[193]) erfahren hat, daß die Sache eine fremde sei, denn durch einen b. f. gekauften Sclaven erwirbt der Käufer auch bis zur Eviction, obwohl er zur Zeit, wo die Erwerbungen Statt finden, nicht mehr in bona fide ist. Nach der l. 48 § 1 cit. wurde diese Theorie von Pomponius verworfen, weil der Besitzer vom Moment, wo er wisse, daß ihm die Sache nicht gehöre, ein malae fidei possessor sei und als solcher, wenn auch sein Usucapionsbesitz troz der mala fides superueniens fortdaure, die Früchte nicht durch die Consumption erwerben könne. Dieselbe Entscheidung gab in der oben (S. 84) citirten l. 40 D. de A. R. D. schon African und später wurde sie auch von Ulpian und Paulus adoptirt. Es gelangte deshalb folgendes Princip zur Geltung: bei den Erwerbungen des Sclaven wie bei den natürlichen Früchten muß auf die singula momenta gesehen, also untersucht werden, in welchen Fällen der Besitzer dort zur Zeit der operae, hier zur Zeit der Separation und Comsumption noch in bona fide war und in welchen nicht. Fehlte es schon bei der Separation an der bona fides, so hat er die Früchte überhaupt nicht erworben, sondern sofort pure der Dominus. Trat die mala fides erst nach der Separation ein, so ist mit ihr sein provisorisches Eigenthum rückwärts untergegangen[194]), und das bedingte Eigenthum des Dominus rückwärts ex die separa-

193) Vgl. oben S. 46 und die l. 25 § 1 D. de usur. auf S. 44.
194) Vgl. Marezoll in d. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 18 S. 231.

tionis perfect geworden, weil sich die Bedingung für diesen Erwerb erfüllt hat: er erwirbt die Früchte nicht blos unter der Bedingung, daß er sie vindicirt, bevor der Besitzer sie consumirt, sondern auch unter der Bedingung, daß der Besitzer vor der Consumption aus einem b. f. possessor ein m. f. possessor wird. Der Beweis, daß er dies geworden ist, fordert die Anführung von Umständen, aus welchen die mala fides mit Sicherheit geschlossen werden kann; deshalb reicht der Nachweis des Dominus, daß er den Besitzer zur Restitution der Sache und der Früchte aufgefordert und dadurch gemahnt habe, nicht aus [195]).

Hiernach kann der Dominus hinsichtlich der Früchte folgende Rechte haben: Eigenthum, welches bei der Separation begonnen und sich mit der Vindication oder durch mala fides superueniens vollendet hat, Eigenthum, welches schon bei Separation perfect geworden ist, weil der Besitzer bereits zu dieser Zeit in mala fide war, und eine Forderung aus der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn der Besitzer die Früchte nach eingetretener mala fides consumirt hat. Die Klagen aus diesen Rechten stehen dem Dominus nicht blos in Verbindung mit der Klage auf die Hauptsache zu, er kann sie auch selbständig anstellen, wenn er das präjudicielle Eigenthum an der Hauptsache beweist [196]).

195) Vgl. Seuffert's Arch. Bd. 12 Nr. 126.

196) l. 18 D. de except. (44. 1) . . . Si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi uelim: quaesitum est an exceptio quod praeiudicium fundo partiue eius non fiat obstet an deneganda sit. Et utrubique putat interuenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudiciis experiri. — c. 3 C. de cond. ex lege (4. 9) Mala fide possidens, de proprietate uictus, de exstantibus fructibus uindicatione, de consumptis uero condictione conuentus, eorum restitutioni parere compellitur. Vgl. Seuffert's Arch. Bd. 4 Nr. 152, Bd. 19 Nr. 109.

Es läßt sich nicht absehen, aus welchem Grunde er das Kalb nicht sollte vindiciren können, wenn die Kuh beim b. f. possessor untergegangen oder von demselben veräußert ist[197]. Auch gegen den Besitzer der Hauptsache erlöschen die Klagen auf die Früchte nicht mit der Klage auf die Hauptsache, weil die Früchte hier nicht bloße Accessionen sind. Wenn der Dominus die Hauptsache vindicirt, ohne damit die Vindication oder Condiction der Früchte zu verbinden[198], so kann er sie noch in einem nachfolgenden zweiten Proceß einklagen[199];

---

197) l. 43 D. de euict. (21. 2) Uaccae emptor, si uitulus qui post emptionem natus est euincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia nec ipsa nec usus fructus euincitur. Die herrschende Doctrin stellt bekanntlich den Satz auf: das römische Recht lasse nur gegen den malae fidei possessor, nicht auch gegen den bonae fidei possessor eine selbständige Vindication der Früchte zu. Sie stützt sich dabei auf c. 4 C. de crim. exp. heredit. (9. 32), c. 3 C. de cond. ex lege (4. 9), l. 22 § 2 D. de pign. act. (13. 7) und nimmt an, daß in der l. 43 cit. von einem Käufer die Rede sei, der von vornherein oder doch bei der Separation der Frucht nicht mehr in bona fide war, vgl. v. Vangerow Pand. § 326 Anm. 2 sub b, Arndt's Pand. § 156 Anm. 3 sub c, Brinz, Pand. § 54. In jenen Stellen steht aber nur, daß der Dominus vom m. f. possessor nicht blos die fructus exstantes vindiciren, sondern auch die fructus consumpti condiciren könne; wie dies geschehen müsse, ob in Verbindung mit der Klage auf die Hauptsache, oder ob und wann auch eine selbständige Klage zulässig sei, darüber enthalten sie nichts. Auch aus § 35 J. de R. D. (2. 1) und c. 22 C. de R. U. (3. 32) ergiebt sich nur, daß die Klage auf die Früchte gegen den b. f. wie gegen den m. f. possessor mit der Klage auf die Hauptsache verbunden werden kann.

198) Vgl. l. 25 § 8 D. de aed. ed. (21. 1), l. 10 D. de usur. (22. 1).

199) arg. c. 1 C. de iud. (3. 1). Die c. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7. 51), auf die man die entgegengesetzte Entscheidung gestützt hat (vgl. Glück, Comment. Bd. 8 S. 299), schließt nach dem Proceß über die Hauptsache eine neue Klage auf die Proceßkosten aus; sie spricht also von einer Leistung, die nur eine Accession der Klage auf die Hauptsache ist, vgl. Puchta, Vorl. § 37.

und wenn der Besitzer gegen die Vindication der Hauptsache die praescriptio temporis hat, so wird er dadurch von den Klagen auf die Früchte nicht befreit[200]). Nur durch die Ersitzung der Hauptsache gehen auch die Klagen auf die Früchte unter, sowohl gegen den Usucapienten, von dem sie vollendet, wie gegen seine Auctoren, von denen sie begonnen und fortgesetzt ist: denn die Ersitzung vollendet sich stets mit rückwirkender Kraft. Während sie läuft ist das gegenwärtige Eigenthum der successiven Usucapionsbesitzer factisch in pendenti; deshalb wird nach ihrer Vollendung der Erwerb des Eigenthums auf die Zeit, wo sie angefangen hat, zurückdatirt[201]). Diese Rückziehung macht, da die Pendenz eine

200) Die c. 26 pr. C. de usur. (4. 32), nach welcher auf Zinsen und Früchte nicht mehr geklagt werden kann, wenn eine actio in personam oder die actio hypothecaria auf die Hauptsache verjährt ist, bezieht sich nicht, wie die herrschende Doctrin annimmt, auf Zinsen und Früchte, die mit besonderen Klagen gefordert werden können, sondern nur auf Fälle, wo sie Nebengegenstand der Klage auf die Hauptsache sind, vgl. c. 13 C. de usur. (4. 32), c. 4 C. depos. (4. 34), l. 18 § 2 D. de pign. act. (13. 7). Die Worte: asserendo singulis annis earum actiones nasci rechtfertigen jene Interpretation nicht: sie verwerfen nur die irrige Ansicht, daß es hier besondere Klagen gebe.

201) Gaius II. 41. . . semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata uel in iure cessa esset. Diese Worte weisen auf die Rückziehung hin: es kommt zwar das quiritische Eigenthum erst durch die Vollendung der Usucapion zur Existenz (incipit), aber nachdem es entstanden ist, wird es so behandelt, als ob es schon bei der Tradition der Sache durch mancipatio oder in iure cessio erworben wäre. Von dem Vater, der eine castrensische Sache veräußert hat, heißt es ebenfalls: tunc adquisita creditur, quum filius decesserit, und zugleich: retro creditur pater dominium habuisse. Man wird nicht bezweifeln können, daß das vom bonitarischen Eigenthümer errichtete Vindicationslegat (Gaius II. 196. 222) durch die Ersitzung der Sache ex postfacto gültig wurde, wie das Vindicationslegat des Paterfamilias über eine castrensische Sache, wenn der Sohn ohne Testament verstarb (Note 161. 162).

blos factische ist, die Dispositionen des Dominus über die Sache nicht ungültig[202]) und bringt demgemäß die Dispositionen der Usucapionsbesitzer nur soweit zu definitiver Geltung, als sie mit jenen nicht collidiren, aber die eigenen Rechte des Dominus hebt sie rückwärts auf. Wie der beschenkte Ehegatte beim Tode des Schenkers das Eigenthum an der geschenkten Sache rückwärts seit der Tradition erwirbt und in Folge dessen das Eigenthum an den Früchten rückwärts seit der Separation[203]), so erwerben die successiven Usucapionsbesitzer das Eigenthum an der ersessenen Sache rückwärts seit dem Anfang ihres Besitzes und das Eigenthum an den Früchten und an den fructus fructuum rückwärts ex die separationis. Das mißliche Ergebniß, daß der Besitzer nach erfolgter Usucapion der Hauptsache noch wegen vorher gezogener Früchte belangt werden könnte[204]), wird demnach durch die rechtliche Natur der Usucapion ausgeschlossen. Dem Usucapionsbesitzer gegenüber genügt es nicht, daß der Dominus die Früchte vor der Consumption vindicirt, er muß sie auch vor der Usucapion der Hauptsache vindiciren. Durch die Consumption wird sein Recht an fructus exstantes, die von den consumirten Früchten gewonnen sind, nicht berührt, weil er auch die fructus fructuum unter der Bedingung der Vindication vor der Consumption erwirbt; die Usucapion der Hauptsache zerstört dagegen nicht blos sein begonnenes Eigenthum an allen noch vorhandenen Früchten, sie entzieht ihm nach römischen Recht auch die condictio wegen der consumirten Früchte, bei deren Separation oder Consumption der Usucapient nicht mehr in bona fide

202) l. 44 § 5 D. de usurp. (41. 3), l. 2 pr. D. pro herede (41. 5), c. 7 C. de pignor. (8. 14), l. 1 § 2 D. de pign. (20. 1).
203) l. 11 § 9 D. de don. i. u. e. u. (24. 1).
204) Vgl. oben S. 14.

war. Nach heutigem Recht kann sie die letzte Wirkung nicht mehr haben, da sie durch **mala fides superueniens** unterbrochen wird.

Das Fruchtrecht in der bisher entwickelten Gestalt gilt nach dem Grunde, auf welchem es beruht, nur für Früchte im juristischen Sinne, also nur für Erzeugnisse, zu deren Gewinnung die Sache bestimmt ist[205]), und nach seiner Structur setzt es natürliche Früchte voraus. Auf juristische Früchte läßt sich der Begriff der **fructus pendentes** und **separati**, und der **fructus exstantes** und **consumpti** nicht übertragen, und noch weniger sind an ihnen die Rechtsverhältnisse möglich, die an den natürlichen Früchten schon als Theilen der fruchttragenden Sache beginnen und später bei der Separation und Consumption sich weiter entwickeln. Es kann die Forderung auf den Mieth- oder Pachtzins nicht etwa bis zur Fälligkeit oder bis zur Zahlung den **fructus pendentes** gleichgestellt, und dann der gezahlte Zins wie die **fructus exstantes** und der verausgabte wie die **fructus consumpti** behandelt werden: die Forderung und das Eigenthum an den Mieth- oder Pachtgeldern kommen nothwendig ausschließlich in das Vermögen des **b. f. possessor**, der den Mieth- oder Pachtcontract geschlossen hat. Man darf daher auch nicht sagen: der **b. f. possessor** habe an den juristischen Früchten, die er für die Ueberlassung der natürlichen ziehe, dasselbe Recht wie an diesen, weil sie dieselben repräsentirten; so lange er das Pachtgeld oder dessen Werth noch habe, könne der Dominus es condiciren, nach der Consumption aber keinen Ersatz fordern; nur die **fructus ciuiles** von einer nicht fruchttragenden Sache

---

205) l. 28 § 1 D. de usur. (22. 1) Partus uero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Vgl. l. 12 pr. D. de usufr. (7. 1), l. 7 § 12 D. de sol. matr. (24. 3).

gehörten dem b. f. possessor schon vor der Consumption zu vollem Recht nach Analogie eines bona fide besessenen Sclaven[206]). Diese Auffassung übersieht, daß die juristische Frucht aus dem Mieth- und Pachtcontract in der Forderung auf den Mieth- und Pachtzins besteht, und daß deshalb, wenn man hier überhaupt von einer Consumption sprechen könnte, diese mit der Zahlung eintreten müßte, weil mit ihr die Forderung untergeht. So wenig die römischen Juristen bei den operae seruorum von dem Begriff der Consumption Gebrauch machen konnten, so wenig konnten sie ihn sonst auf irgend welche fructus ciuiles zur Anwendung bringen.

Für den rechtmäßigen Besitzer eines Sclaven bestimmte das römische Recht[207]): alle Erwerbungen des Sclaven, welche unter den Begriff der Frucht fallen [ex operis suis uel ex re nostra][208]), gehören, wie dem Usufructuarius, auch dem b. f. possessor[209]), sofern er zur Zeit des Erwerbes noch in

206) Diese Theorie Windscheid's (s. oben S. 7) hat auch in der Praxis Anwendung gefunden, vgl. Seuffert's Arch. Bd. 14 Nr. 11.

207) Vgl. Note 77.

208) l. 3. 4 D. de oper. seruor. (7. 7), l. 23 D. de A. R. D. (41. 1).

209) l. 10 § 3 D. de A. R. D. (41. 1) De his autem seruis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra uel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur, si quid uero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet; itaque si is seruus heres institutus sit legatumue quid aut ei donatum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis adquiritur. § 4. Idem placet de eo, qui a nobis bona fide possidetur, siue liber sit siue alienus seruus: quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore; itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id uel ad ipsum pertinet, si liber est, uel ad dominum eius, si seruus est.

possessor zugleich seinen zur Tradition der künftigen Früchte erforderlichen Willen, und der Pächter vollendet diese begonnene Tradition durch die Perception. Deshalb erwirbt er an den percipirten Früchten sofort durch Succession das definitive Eigenthum, falls der Verpächter zur Zeit der Perception noch in bona fide war, da die Consumption, welche den Verpächter zum definitiven Eigenthümer macht, mit der vollendeten Tradition erfolgt ist. Es steht also in diesem Fall dem Dominus überhaupt keine Klage auf die Früchte zu, weder auf die natürlichen noch auf die juristischen. War dagegen der Verpächter zur Zeit der Perception schon in mala fide, so kann der Pächter die Früchte nur originär aus seinem eigenen rechtmäßigen Besitz erwerben: er wird durch die Perception blos provisorischer und erst durch die Consumption definitiver Eigenthümer. Daher ist hier der Dominus berechtigt, die fructus exstantes zu vindiciren; wenn aber der Pächter die Früchte verzehrt oder veräußert hat, so können sie weder von ihm condicirt noch von dem jetzigen Besitzer vindicirt werden. Da damit die Möglichkeit eines Evictionsanspruchs gegen den Pächter ausgeschlossen wird, so gereicht die bona fides desselben auch dem Verpächter, der in mala fide ist, zum Vortheil. Es kann gegen ihn die actio conducti auf Ersatz eines vom Pächter geleisteten Evictionsinteresses nicht begründet werden; er haftet nur dem Dominus auf die fructus ciuiles, die er seit der mala fides durch die Pacht gezogen hat, und auf die fructus percipiendi[215]).

In dieser doppelten Weise ist der Erwerb der natürlichen Früchte nicht möglich, wenn der b. f. possessor sie durch Bestellung eines dinglichen Rechts einem Andern überlassen hat. Wer die Sache von ihm als Emphyteuta oder Usufructuar er-

---

215) l. 62 pr. D. de R. U. (6. 1).

hält, kann die Früchte nur auf Grund seines eigenen rechtmäßigen Besitzes erwerben; es fehlt hier an den Erfordernissen der Tradition, weil sein Erwerb nach Inhalt der Bestellungsgeschäfte von dem Willen des Bestellers unabhängig sein soll. Deshalb wird er durch die Separation bzw. durch die Perception stets nur provisorischer und erst durch die Consumption definitiver Eigenthümer, der Besteller mag in bona oder in mala fide sein. In derselben Lage ist der Pfandgläubiger, der sich im Besitz der verpfändeten Sache befindet. Hat er das Pfand vom Dominus, so erwirbt er durch Separation das Eigenthum an den Früchten, weil er verpflichtet ist, den Ertrag von der Sache zu gewinnen und den Werth desselben auf die Pfandschuld in Abrechnung zu bringen[216]); ist ihm von einem Nichteigenthümer bona oder mala fide das Pfand bestellt, so wird er kraft seines rechtmäßigen Besitzes mit der Separation blos provisorischer und erst mit der Consumption definitiver Eigenthümer der Früchte. Daher wird auch hier die bona fides des Pfandgläubigers dem Verpfänder, der in mala fide ist, insofern nützlich, als die Veräußerung der Früchte keinen Evictionsanspruch gegen den Pfandgläubiger

216) c. 3 C. de pign. act. (4. 24) Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit uel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet. c. 1. 2 C. eod. c, 9 C. de pignor. (8. 14), c. 2 C. de partu pignor. (8. 25), c. 1 C. de distr. pign. (8. 28), l. 5 § 21 D. ut in poss. legat. (36. 4). Die Verpflichtung des Pfandgläubigers, den Werth der Früchte von der Pfandschuld abzurechnen, fordert, daß er nicht erst durch Perception, wie u. A. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 71 annimmt, sondern schon durch Separation Eigenthümer der Früchte wird, damit er sie, wenn ihm ein Anderer in der Perception zuvorkommt, zum Zweck der Distraction vindiciren oder ihren Werth condiciren kann; vgl. Böcking, Pand. § 151 Note 17.

nach sich ziehen kann[217]), der ihn ersatzpflichtig und die Abrechnung rückgängig macht:

l. 22 § 2 D. de pign. act. (13. 7) Ulp. l. 30 ad Ed.

Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio[218]), quamvis ipse fructus suos non faciet: a praedone enim fructus et uindicari exstantes possunt et consumpti condici; proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

Man hat den Schluß dieser Stelle für unverständlich erklärt, weil es nicht denkbar sei, daß der Gläubiger, welcher eine Sache als Pfand empfange, deren Eigenthümer zu sein glaube[219]). Die Annahme, es werde ihm dieser Glaube zugeschrieben, gründet sich in der irrigen Ansicht: nur der Besitz opinione dominii sei b. f. possessio[220]). Das Gegentheil beweist die nachfolgende Stelle:

l. 54 § 3 D. de A. R. D. (41. 1) Modest. l. 31 ad Quint. Muc.

At si iussu nostro quid in re nostra gerant (scil. homo liber uel alienus seruus, qui bona fide nobis seruit) uel absentibus nobis quasi procuratores aliquid agant, danda erit in eos actio. Non solum si eos emerimus, sed etiam si donati fuerint nobis aut ex dotis nomine aut ex legati pertinere ad nos coeperunt aut ex hereditate, idem praestabunt: nec solum si nostros putauerimus, sed et si communes aut fructuarios, ut tamen quod adquisituri non essent, si re uera com-

---

217) l. 11 § 16 D. de act. empti (19. 1), c. 2 C. credit. euict. pign. (8. 46).

218) l. 9 § 4 D. de pign. act. (13. 7).

219) Windscheid, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 4. S. 108.

220) Vgl. Göppert a. a. O. S. 391 Note 10.

munes aut usuarii essent, id nobis utique[221]) non adquirant.

l. 40 D. h. t. Afric. l. 7 Quaest.

.... quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per seruum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur.

Hiernach ist die zum Fruchterwerb erforderliche b. f. possessio weder durch einen Eigenthumstitel für die fruchttragende Sache noch durch den juristischen Besitz derselben bedingt. Sie setzt nur voraus, daß der Besitzer die Sache aus einem Titel hat, aus welchem an und für sich das Eigenthum an den Früchten erworben werden kann[222]). Dieser Titel muß aber wirklich existiren; durch den blos gutgläubigen Besitzer mit putativem Titel wird dem Dominus das Eigenthum an den Früchten bei der Separation nicht entzogen, weil sein Besitz in der That kein rechtmäßiger ist.

Wer pro herede eine Erbschaft besitzt, wird nur gutgläubiger Besitzer der separirten Früchte; das Eigenthum an ihnen gehört zur Erbschaft, die Separation mag vor oder nach dem Antritt erfolgt sein. Daher consumirt der Besitzer fremde Sachen, wenn er die Früchte verzehrt oder veräußert, und haftet demgemäß auf die Bereicherung, gleichviel ob der Erbe die Früchte gezogen haben würde oder nicht. Er macht, weil die causa

221) Vgl. Mommsen; die Handschriften haben hodieque statt nobis utique.

222) l. 4 § 9 D. fin. regund. (10. 1). Finium regundorum actio et in agris uectigalibus et inter eos qui usumfructum habent uel fructuarium et dominum proprietatis uicini fundi et inter eos qui iure pignoris possident competere potest. l. 4 § 2 D. eod... sed ante iudicium percepti (fructus) non omnimodo hoc in iudicium uenient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 20 Nr. 18.

für seine b. f. possessio fehlt, keinen rechtmäßigen Gebrauch von der Sache, wenn er ihre natürlichen oder juristischen Früchte in sein Vermögen zieht; deshalb ist die Bereicherung, welche ihm dadurch zugeht, eine ungerechtfertigte:

l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3) Ulp. l. 15 ad Ed.

... Fructus autem omnes augent hereditatem, siue ante aditam siue post aditam hereditatem accesserint[223]).

l. 40 § 1 D. h. t. Paul. l. 20 ad Ed.

... In bonae fidei autem possessore hi tantum (fructus) ueniunt in restitutione quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.

l. 29 D. h. t. Ulp. l. 15 ad Ed.

Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque seruorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item uecturae nauium et iumentorum.

l. 56 D. h. t. Afric. l. 4 Quaest.

Quum hereditas petita sit, eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat.

Anders verhält es sich, wenn der Titel für den Besitz der Erbschaft kein putativer, sondern wirklich vorhanden ist:

c. 2 C. h. t. (3. 31).

... Fructibus enim augetur hereditas, quum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure conuenitur.

l. 13 § 4 D. h. t. Ulp. l. 15 ad Ed.

Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis uexaretur? Uenditorem enim teneri certum est. Sed

---

223) l. 25 § 20, l. 26 D. h. t. (5. 3).

finge non extare uenditorem uel modico uendidisse et bonae fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.

Cassius wollte dem Erben die hereditatis petitio, wie Ulpian in der letzten Stelle berichtet, nicht blos gegen den Besitzer pro herede und pro possessore geben, sondern auch gegen den, der die Erbschaft als uniuersitas gekauft oder aus einem andern singulären Titel[224]) erhalten hat, einerseits damit er nicht genöthigt sei, jede einzelne Sache besonders zu vindiciren(ne singulis iudiciis uexaretur[225]), andererseits weil die ihm gegen den Verkäufer zustehende hereditatis petitio nicht immer ausreiche, z. B. wenn der Verkäufer nicht mehr existire oder um einen geringen Preis verkauft habe und als b. f. possessor nur auf die Bereicherung hafte. Der Erbe sollte also die Wahl haben, ob er gegen den Verkäufer oder gegen den Käufer[226]), und ob er gegen diesen mit der hereditatis petitio oder mit den einzelnen Vindicationen klagen wolle. Aus der c. 2 cit. C. de H. P. ergiebt sich, daß diese Ansicht des Cassius, die auch Marcellus und Papinian adoptirten[227]), recipirt wurde, daß sie aber das Fruchtrecht des b. f. emptor nicht alterirte: da er nicht, wie der possessor pro herede, aus putativem Titel besitzt (proprio titulo possessionis munitus est), so muß er auch der hereditatis petitio gegenüber hinsichtlich der Früchte wie

224) Vgl. l. 13 § 5—10 D. eod.

225) In den Basil. lib. 42 tit. 1. 13 schol. 7 werden diese Worte dahin erläutert: ne uerus hereditatis dominus, si singulas res uindicare cogatur, pluribus iudiciis uexaretur.

226) Vgl. l. 20 § 17. 18 D. de H. P. (5. 3). Göppert a. a. O. S. 357.

227) l. 13 § 5, § 10 D. de H. P. (5. 3).

der Käufer einer einzelnen Sache beurtheilt (etiam singularum rerum iure conuenitur), also durch die Separation provisorischer und durch die Consumption definitiver Eigenthümer der Früchte werden. Der Erbe kann ihm nur die fructus exstantes absordern.

Ein besonderes Recht gilt für den Erbschaftskäufer nur insofern, als er der Klage des Erben auf Restitution der res hereditariae eventuell die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat entgegen stellen kann, und insofern er liberirt ist, wenn der Erbe vom Verkäufer den Kaufpreis erhalten und damit seine Wahl zwischen dem Pretium und den verkauften Sachen getroffen hat:

l. 25 § 17 D. de H. P. (5. 3) Ulp. l. 15 ad Ed. Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, uindicare petitor ab emptore possit? Et si uindicet, an exceptione non repellatur quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui uenum dedit, quia non uidetur uenire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam uicti emptores reuersuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res uindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen si is qui uendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conueniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res uenierint et pretium quodcunque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoueri. Nam et si id quod a debitoribus exegit possessor petitori hereditatis soluit, liberari debitores Julianus libro quarto Digestorum scribit, siue bonae fidei possessor siue praedo

fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari.

Hat der gutgläubige Besitzer die Erbschaft mit der Uebereinkunft verkauft, ut quidquid iuris haberet uenditor emptor haberet, so haftet er nicht für Eviction, fehlt aber dieser Zusatz, tunc heredem se esse praestare debet[228]). Auf diese Evictionspflicht influirt aber das S. C. Iuuentianum, nach welchem der gutgläubige Erbschaftsbesitzer keinerlei Schaden durch seinen Besitz erleiden soll[229]): denn aus dieser Vorschrift ergiebt sich für ihn das Recht, Klagen des Erben zurückzuweisen, welche ihn, wie die statt der hereditatis petitio angestellten Singularklagen, über das Maß der Bereicherung verpflichten würden. Zur Geltendmachung dieses Rechts dient ihm die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat[230]), die auch seinem Singularsuccessor zustehen muß, wenn ihn die gegen diesen gerichtete Klage, sei es eine Singularklage oder die hereditatis petitio utilis[231]), in Schaden bringen würde. Diese Voraussetzung tritt in dem Falle ein, den Ulpian in der l. 25 cit. bespricht: wenn der Besitzer die Erbschaft bona fide verkauft hat, ohne durch den empfangenen Preis bereichert zu sein, so kann der Erbe ihn mit der hereditatis petitio nicht in Anspruch nehmen; deshalb darf der Erbe auch keine Klage gegen den Käufer haben, weil sie die Forderung auf Evictionsleistung gegen den Verkäufer begründen würde. In Gemäßheit des S. C. Iuuentianum mußte hier die Präjudicialeinrede dem Käufer aus der Person des

228) l. 11 — l. 13 D. de H. u. A. U. (18. 4).

229) l. 25 § 11 D. de H. P. (5. 3) Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt.

230) Gaius IV. 133.

231) Vgl. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 508 S. 352.

Verkäufers gegeben werden (quia non uidetur — ad eum qui distraxit), während er schon aus seiner eigenen Person durch eine exceptio doli geschützt ist, wenn der Erbe den Kaufpreis vom Verkäufer eingetrieben, und wenn der Verkäufer sich bereit erklärt hat, der hereditatis petitio so zu haften, wie wenn er die veräußerte Erbschaft noch besäße (incipit exceptio locum habere ex persona emptorum). Mit Recht wurde demnach die aufgeworfene Frage, an singulas res uindicare petitor ab emptore possit? von Ulpian dahin entschieden: et puto posse res uindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent[232]).

Diese Entscheidung darf also nicht in die Lehre vom Fruchterwerb des b. f. possessor hineingezogen werden. Sie bestätigt nur, daß die Früchte nicht jeder, sondern nur der rechtmäßige b. f. possessor erwirbt, wie dies in einer andern viel besprochenen Stelle ausdrücklich gesagt wird:

l. 45 D. de usur. (22. 1) Pomp. l. 22 ad Qu. Muc.

Fructus percipiendo uxor uel uir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, ueluti serendo; nam si pomum decerpserit uel ex silua caedit, non fit eius (sicuti nec cuius libet bonae fidei possessoris), quia non ex facto eius is fructus nascitur.

---

232) Francke, Exegetisch-dogmat. Comment. über den Titel de Hereditatis Petitione S. 309, will in diesem Satze licet statt nisi lesen, und Mommsen in seiner Digestenausgabe vermuthet, daß der ganze Satz nicht von Ulpian sei. Bei den Bedenken, welche diese Worte hervorgerufen haben, ist nicht beachtet, daß das S. C. Iuuentianum von dem b. f. possessor der Erbschaft jeden (Note 230), auch den indirecten Schaden abwenden wollte; vgl. Windscheid, Pand. § 612 Note 15.

Eine Schenkung unter Ehegatten, durch welche der Schenker nicht ärmer wird, fällt nicht unter das Verbot[233]). Deshalb ist der mit der Tradition der geschenkten Sache verbundene Wille, daß der Beschenkte auch die künftigen Früchte von ihr haben soll, soweit dies fructus industriales sind, auf eine licita donatio gerichtet: denn der Verlust dieser Früchte macht den Schenker nicht ärmer, weil er sie nicht gewinnen konnte, da er den Besitz der Sache aufgegeben hat. An ihnen erwirbt daher der Beschenkte das Eigenthum, sobald er die begonnene Tradition durch die Perception vollendet (percipiendo suos facit). Aus demselben Grunde erhält er auch die durch seine Thätigkeit erzeugten juristischen Früchte z. B. die Zinsen von geschenktem Gelde; sie gehören ihm, wenn die Schenkung widerrufen ist, soweit sie ihm zu dieser Zeit geschuldet wurden[234]). Dagegen Früchte, die entstehen, ohne daß es dazu einer Thätigkeit bedarf, kommen durch die Perception nicht in das Eigenthum des Beschenkten — wie denn bekanntlich nicht jeder b. f. possessor die Früchte erwirbt (sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris) —, weil sie eine freiwillige Naturgabe an den Dominus der fruchttragenden Sache sind (quia non ex facto eius is fructus nascitur), und deshalb ihr Verlust den Schenker ärmer machen würde[235]).

---

233) l. 4 § 16, l. 25 D. de don. i. u. e. u. (24. 1).

234) l. 17 D. de donat. i. u. et u. (24. 1). De fructibus quoque uideamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant. Et Iulianum significat, fructus quoque ut usuras licitam habere donationem. l. 15 § 1, l. 16 D. eod.

235) Gleichwohl macht der Beschenkte, wenn er die Früchte veräußert, den Empfänger zum Eigenthümer, weil die Veräußerung mit dem Willen des Schenkers erfolgt; er haftet dem Schenker aber auf die Bereicherung, da er sie ex non concessa donatione und deshalb sine causa hat. Ebenso wenn er sie verzehrt, sofern er dadurch nicht blos

Nach diesem Gedankengange der Stelle ist leicht ersichtlich, daß Pomponius mit der von ihm eingeschobenen Parenthese kurz den Gedanken abweisen wollte, als ob alle Früchte schon nach den Grundsätzen über den Fruchterwerb des b. f. possessor dem beschenkten Ehegatten zukommen müßten. Da er durch die Schenkung die possessio an der Sache erwirbt[236]), und da er auch in bona fide ist, weil er einen vom Dominus gewollten und eingeräumten, also durchaus redlichen Gebrauch von der Sache macht[237]), so lag der Hinweis nahe, daß er gleichwohl wegen des mangelnden Titels und wegen des Bewußtseins, daß er ihm mangelt, die zum Fruchterwerb erforderliche b. f. possessio nicht habe[238]). Es konnte dies Requisit des iustus titulus, wie es heute geschieht[239]), auch von einem

---

eine Ausgabe erspart, weil er dann durch die Früchte nicht reicher geworden ist, l. 5 § 8, § 18, l. 6, l. 7 pr. D. h. t. (24. 1).

236) l. 1 § 4 D. de A. u. A. P. (41. 2). Si uir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest; et quid attinet dicere non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

237) l. 5 pr. D. pro derelicto (41. 7)... si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi uolente et concedente domino id faceres (i. e. eam uenderes) idem iuris est (i. e. me usucapturum constat).

238) Vgl. l. 19 pr. D. de donat. i. u. e. u. (24. 1).

239) So nimmt z. B. Brinz, Pand. Bd. 1. S. 198, weil er dies Erforderniß nicht beachtet, einen Widerspruch an zwischen der besprochenen l. 45 und der l. 48 D. de A. R. D. (41. 1); Windscheid, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. B. 4 S. 131 findet in Folge dessen in der l. 45 den Ausspruch: der b. f. possessor erwerbe die Früchte überhaupt nicht, und stützt seine Theorie auf Stellen, die vom blos gutgläubigen Erbschaftsbesitzer handeln; ebenso Göppert (s. oben S. 7 u. 11), und v. Vangerow Pand. § 326 S. 624 führt die Haftung des Erbschaftsbesitzers auf die Bereicherung aus den consumirten Früchten auf die Vorschriften des S. C. Iuuentianum zurück.

römischen Juristen übersehen werden, der die oben dargelegten Gründe der naturalis ratio, aus welchen dieser Erwerb zugelassen wurde, nicht in Erwägung zog. Nach ihnen setzt er zugleich Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes voraus [240]): an jener fehlt es beim bewußten wie beim unbewußten Mangel des Titels, an dieser bei der bewußten wie bei der unbewußten Widerrechtlichkeit, wenn der Irrthum über das Recht auf die Früchte durch Leichtfertigkeit oder Nachlässigkeit entstanden oder als error iuris ein unentschuldbarer ist [241]). Nur wenn der Besitzer eine auf Ueberlegung beruhende Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Erwerbes hat, ist er in bona fide [242]).

---

240) Die deutschen Gesetzgebungen weichen erheblich vom römischen Recht ab. Sie lassen insgesammt den Erwerb nur auf Grund eines Eigenthumstitels zu, es genügt nach ihnen auch ein Putativtitel, und der definitive Erwerb der natürlichen Früchte tritt schon mit der Separation, der Erwerb der juristischen erst mit der Fälligkeit ein, vgl. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 7 § 189 ff. und dazu § 11—14 (besondere Vorschriften gelten für die von Immobilien gezogenen Früchte des letzten Jahrs § 197 ff.), Oesterreich. Gesetzb. § 316. 326. 330, Sächsisch. Gesetzb. § 187. 188. 244. Eine Abweichung enthält der Entwurf eines bürg. Gesetzb. f. das Königr. Bayern Art. 16—18, Art. 100. 163, insofern er den Erwerb von der Perception abhängig macht und mit ihr der Besitzer nur provisorischer Eigenthümer wird; die fructus exstantes kann der Dominus vindiciren. — Einen uerus titulus fordert nur der Code Napoleon, Art. 549. 550; im Uebrigen erfolgt auch nach ihm der Erwerb nur auf Grund eines Eigenthumstitels und schon durch die Separation definitiv.

241) l. 9 pr. § 1—3 D. de iur. et fact. ign. (22. 6), l. 3 § 1, l. 7. 8 D. eod.

242) Die Streitfrage über die Erforderniſſe der bona fides ist in jüngster Zeit aus Anlaß eines wichtigen Processes von Neuem in zwei ausgezeichneten Schriften behandelt worden: v. Wächter, Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums (Leipzig 1871) und Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung (Berlin 1872). Nach v. Wächter's Ansicht gehört zur bona fides ihrem Be-

griff nach nur der rein factische Glaube, daß man kein Unrecht thue, ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit des Glaubens im Falle des Irrthums; diese bestimme nicht ihr Dasein, sondern influire nur auf ihre Wirkungen. Dagegen bestimmt Bruns den Begriff der bona fides als die auf redlicher Ueberlegung beruhende Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit eines Erwerbes. M. E. wird diese Definition, abgesehen von inneren Gründen, durch die von Bruns a. a. O. S. 82 beigebrachten Stellen bestätigt, die das Wesen der bona fides principiell behandeln und aus welchen deshalb andere, in denen dies nicht der Fall ist, wie z. B. die l. 109 D. de U. S. (50. 16), ihre Ergänzung erhalten müssen; vgl. namentlich l. 11, l. 32 D. depos. (16. 3), l. 68 D. de contr. empt. (18. 1.), l. 18 D. de neg. gest. (3. 5).





